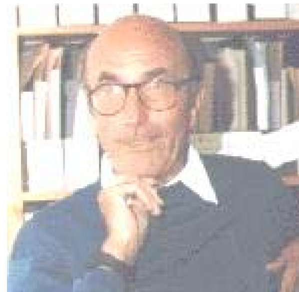
NIKLAS LUHMANN

El Derecho de la Sociedad[1]

(Das Recht der Gesellschaft)



[1] **VERSÃO 5.0, DE 13/01/2003**; VERSÃO 4.4, DE 24/11/2002; VERSÃO 1.5, DE 18/11/02 **-** FORMATAÇÃO ELETRÔNICA – JOÃO PROTÁSIO FARIAS DOMINGUES DE VARGAS E MARJORIE CORRÊA MARONA. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos. A tradução foi feita por um Professor mexicano, amigo da Professora Juliana, que gentilmente adiantou os seus originais em espanhol, da versão que preparou do original alemão de Niklas Luhmann.

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann

SUMÁRIO

Capítulo 1
Posición de salida respecto de la teoría del Derecho

I

En el mundo del derecho la teoría no es algo desacostumbrado. Tanto en la tradición del Derecho Civil Romano como en la de la *Common Law*, se han desarrollado teorías jurídicas de los más diversos tipos.[2] La demanda de teoría ha surgido, por una parte, de la docencia del derecho y, por otra, de la praxis misma. En un principio se trató de argumentos relativos al derecho, provenientes de los involucrados en el proceso jurídico. Después, de la justificación de las decisiones del tribunal y, en ese mismo contexto, de decisiones que habían sobresalido por su consistencia. La experiencia proveniente de los casos y de los conceptos se tuvo que mantener disponible para que pudiera ser reutilizada. Esta demanda de reutilización tiene, como lo analizaremos después con más detalle, una estructura doble. Por un lado, los conceptos y las teorías deben quedar condensados de un modo tal, que puedan ser identificados en la reutilización. Por otro, la reutilización se lleva a cabo en situaciones distintas, debido a que cada caso es nuevo; a pesar de ello, las estructuras de sentido tienen que ser confirmadas en la invariabilidad de su forma. Del primer camino resulta una reducción; del segundo, un enriquecimiento de sentido: uno condiciona al otro.

Con todo, la teoría jurídica que se origina en la praxis del derecho no cumple, en el contexto del sistema de la ciencia, con lo que promete el concepto de teoría. La teoría proveniente de la praxis es más bien un subproducto de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas. Se puede hablar, sin exageración, de primacía de lo metodológico ante lo teórico. Estas teorías agrupan y ordenan el complejo material al que se enfrenta el derecho en la práctica, en constelaciones en las que los casos y los problemas quedan ubicados en las inmediaciones. Así, entonces, se limita y orienta el proceso de la decisión. Por ejemplo: cuando se trata de regular un choque de intereses, considerados como lícitos (expropiación, estado de emergencia pública, responsabilidad por riesgos), se recomienda el desarrollo de reglas para la "ponderación de intereses". Estas reglas no clasifican, de

[2] En la Common Law se encuentra el correspondiente acervo de ideas más bien bajo la denominación (quizá más acertada) de "rules".

antemano, los intereses involucrados en calidad de ilegales. En cambio, cuando se trata de comprobar el "enriquecimiento ilícito", la praxis jurídica cae rápidamente en un mar de escollos en donde no se puede controlar el curso, apoyándose en principios. A pesar de ello, se deben desarrollar reglas útiles que se justifican gracias a que se introducen puntos de vista generalizables.[3]

La segunda fuente importante de conceptuación y sistematización teórica proviene de la cátedra del derecho. Su significado, en relación a la praxis decisional en el derecho, se puede valorar de muy diversas maneras.[4] En cualquier caso, el sistema educativo prepara para la profesión jurídica. La formación se puede permitir más abstracción, más generalización, más "filosofía" que la que de hecho se utilizará en el lugar de trabajo. Esto ha conducido a que se ignore la fuerza de convencimiento del material teórico con fines de enseñanza; es decir, que se ignore el carácter "local" de la racionalidad jurídica proveniente de la argumentación de los textos y de los casos.[5] Aún así, cualquier desarrollo teórico será aceptado en el sistema. Las escuelas de derecho de los Estados Unidos mantienen estrecho contacto con la American Bar Association. En Alemania, los exámenes jurídicos son "exámenes de Estado". Los efectos de un texto universitario (o personal) pueden sugerir modificaciones a la praxis del sistema legal; los libros de texto y las monografías se citarán, ocasionalmente, en las decisiones de los tribunales. Sin embargo, estas modificaciones sólo se llevarán a efecto si acontecen dentro del sistema; es decir, si modifican algo que ya existe con anterioridad. Evidentemente que la investigación científica debe atender a limitaciones similares, sólo que en un sistema radicalmente distinto.

Las "teorías del derecho" que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que hagan surgir expectativas.

Por consiguiente, los trabajos que se llevan a cabo internamente en el sistema jurídico - la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del derecho-, no se deben entender como si se trataran de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio.[6] Se trata, antes bien, de un esfuerzo

---

[3]Véase, con base en este ejemplo, a Charles Fried, The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, Texas Law Review 60 (1981), P. 35-58.

[4]En R:B:M: Cottrrell, Jurisprudence and Sociology of Law, en: William M. Evan (Edit.), The Sociology of Law: A Social-Structural Perspective, Nueva York 1980, pp. 21-29 (23) se lee incluso (en referencia a Inglaterra): “jurisprudence derives such unitiy as it possesses, from its place within legal education”

[5]Un paralelo sería: la dependencia del balance o de la racionalidad del presupuesto de las decisiones económicas.

[6]Esta concepción motivó durante algún tiempo los conocidos movimientos de los “Critical Legal Studies”, en los Estados Unidos. Sin embargo, actualmente se sustituyen cada vez más por el interés en la relevancia social de las formas del derecho, lo cual no se comprende ya irreflexivamente como “crítico de la ideología” (*ideologiekritisch*). Véase, por ejemplo, a Alan Hunt, The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law, Law and

por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; esto es, un esfuerzo de "amplificación"[7] y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción. Al interior del sistema esto puede entenderse como trabajo en torno a la justicia y que además se le atribuya un valor -valor que aclara y da sentido al trabajo del jurista. El problema de la legitimación surge justamente a partir de las selecciones que él ha empleado; es decir, a partir de la contingencia que se hace visible en su selección.

Desde hace tres décadas han surgido iniciativas que tratan de ir más allá y que no se dejan limitar ni por las teorías dogmáticas ni por la "filosofía del derecho". Estas iniciativas comunican sus pretensiones bajo la razón social de "teoría del derecho" (en singular).[8] Bajo esa razón social intentan agrupar tentativas lógicas y hermenéuticas, institucionales (postpositivistas), sistémicas, retóricas, teórico-argumentativas (o en todo caso: aportaciones con rasgos parecidos). Sin embargo, hasta ahora, su perfil no es claro. Entretanto la diferencia entre teorías dogmáticas y teoría del derecho, en sentido general, se da por aceptada.[9] Aunque con ello no se ha abandonado la inclinación a asociar la teoría del derecho con perspectivas internas del sistema jurídico. Pero, por sobre todo, el concepto de norma en calidad de *concepto fundamental* es considerado, en la teoría general del derecho, como irrenunciable.[10] Como principio básico esto significa que el concepto se define recurriendo a sí mismo: autorreferencia extractada. La norma prescribe lo que debe ser. Esto hace necesario diferenciar la norma, de los hechos mediante una distinción directriz, con lo cual entra en consideración lo que -visto desde la norma- puede ser juzgado como conforme o divergente: con estas determinaciones la teoría del derecho queda adjudicada al sistema jurídico.[11] Se trata todavía de una teoría reflexiva del sistema jurídico orientada hacia la abstracción y hacia la búsqueda de contactos interdisciplinarios; además de que se trata de una reflexión guiada por la vieja tesis de que las normas no se derivan de los "hechos" y que tampoco se pueden describir como hechos, sobre todo cuando se trata de hacer justicia al valor específicamente propio, al sentido intencional, al carácter reivindicativo de la norma. Es evidente que todo esto puede ser así, sobre todo

---

Society Review 19 (1958), p. 11-37; Stewart Field, Without the Law? Proffesor Arthurs and the Early Factory Inspectorate, Journal of Law and Society 17 (1990), p. 445-468.

[7]Así, por ejemplo, Christan Atias, Epistémologie juridique, París 1985, p. 86 y ss.

[8]Véase, sobre todo, la revista “Teoría del derecho” (desde 1970), así como numerosas publicaciones que sondean el terreno, de su redactor (y hombre de negocios), Werner Krawietz, por ejemplo: Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis: Eine Untesuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung , Viena 1978; ahí mismo, Recht als Regelsystem, Wiesbaden 1984. En Francia ya se había hablado antes de la théorie générale du droit y se había pensado para ello primordialmente en una explicación de los principios y los conceptos del derecho, lo cual debía corresponder a los requisitos de cientificidad positiva en el sentido de Comte.

[9]Véase tan sólo a Krawietz, en el lugar citado. (1978), p. 210 y ss.

[10]Véase, especialmente para ello, a Werner Krawietz, Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung mi Funktionssystem Recht, de él mismo con Michael Welker (como editor), Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk, Francfort 1992, p. 247-301. Regresaré a esta pregunta durante el tratamiento del concepto de norma (capítulo 3).

[11]Aún cuando Krawietz discute la decisión en otra parte (1992).

cuando se ajusta a esta inmanencia de sentido de la norma. Pero el que esto suceda, el derecho lo identifica como esfuerzo reflexivo con el que tiene que vérselas según su propio entendimiento.

Los filósofos se han hecho siempre preguntas tan abstractas que no es posible suponer que los juristas o los laicos involucrados en cuestiones jurídicas se interesaran en ellas. Por ejemplo la pregunta de por qué se está obligado a obedecer el derecho.[12] Sin lugar a dudas esta es una interrogante cuya respuesta positiva debe darse dentro del sistema del derecho -de otra manera el sistema se colapsaría-. Sin embargo, existen casos límite y excepcionales: ¡derecho de oposición! Por ello, puede ser de gran ayuda una aclaración teórica de la cuestión de la obligación, ya que en el funcionamiento práctico del sistema una aclaración de este tipo se da tan sólo en ocasiones muy especiales -aunque esto sea válido para cualquier problema.

Otras tendencias que obtienen un impulso adicional hacia la abstracción expresada en una teoría del derecho, las encontramos en los esfuerzos por comparar distintos órdenes legales o familias de órdenes legales como los que ha hecho la Common Law o aquellas codificaciones que se han llevado a cabo en áreas importantes del derecho. En estos esfuerzos de comparación es algo muy decisivo conservar una cierta distancia con respecto a las valoraciones que se hacen sobre los órdenes legales individuales; aunque deba ratificarse la autoafirmación del derecho: por ejemplo, no cuestionar el hecho de que el derecho se debe imponer, que una ley deba concretizarse en el caso específico y de que existan razones -buenas y menos buenas- para determinadas interpretaciones del texto.[13] En forma rudimentaria, es posible observar en todas estas tendencias el surgimiento de una cultura mundial del derecho. Esta cultura permite un amplio margen para la diferencias, aunque confiere una especial relevancia a la elaboración de sus propios parámetros sin dejar que nadie se inmiscuya en ello.

En todo esto se hablará de teoría del derecho. Sin embargo, un análisis estrictamente científico tiene que darle al concepto de teoría una función totalmente distinta: una función constitutiva del objeto. El esfuerzo científico se debe asegurar, primero, del objeto. Lo debe caracterizar y esto significa: diferenciar. Esto tiene validez independientemente de por qué tipo de teoría del conocimiento se opte: realista, idealista, constructivista. Con la

---

[12]"Who cares", pregunta por ejemplo Philip Soper, A Theory of Law, Cambridge Mass. 1984 en su introducción a las investigaciones correspondientes. Y la respuesta: la filosofía no dejaría satisfecho a nadie, porque entonces se podría interponer la pregunta de dónde conoce la filosofía la relevancia de la cuestión y por qué se siente impedida (como sería de esperarse) de responderla en forma negativa.

[13]Véase como una confesión de tales valoraciones residuales del derecho (a diferencia de, por ejemplo, las opiniones ideológicas o meramente privadas), el capítulo "Rational Reconstruction" (como adjunto del método) en: D. Neil MacCormick/Robert S. Summers (Edit.), Interpreting Statutes: A Comparative Study, Aldershot, Hants. Inglaterra 1992, p. 18 y ss. Aquí no se pondrá en duda, por ejemplo, que las "justifications" son necesarias y que su ducto justificatorio es criticable; "for reconstructed underlying structure presupposes a model of good or acceptable justification for the decisions of rational beings" (p.22); y la declaración "interpretation is through and throug a matter implicating fundamental values of the law" (p. 538), será valorada positivamente en forma patente también por aquellos que concluyen con ello sus investigaciones. (¿Y quién podría juzgar de otra manera, cuando esto ya está formulado así?).

determinación del objeto está dada simultáneamente, en un contexto científico pluralista, la probabilidad (incluso la posibilidad) de que diversas teorías y, con mayor razón, diversas disciplinas determinen en forma distinta su objeto y que por eso se vuelvan incomunicables entre sí. Aun cuando utilicen el mismo nombre -en este caso el del derecho-, estarán hablando de cosas distintas. Se llenarán páginas y páginas con "controversias, sin que se llegue a ningún resultado y, en el mejor de los casos, sólo servirán para afilar las propias armas: unas y otras hablarán sin entenderse.

Esto es fácil de ejemplificar en la relación entre ciencia jurídica y sociología. Para la ciencia del derecho se trata de un orden normativo; para la sociología -dependiendo de la tendencia teórica- de comportamiento social, de instituciones, de sistemas sociales; es decir, de algo que es como es y que en todo caso motiva a que sobre ello se haga un pronóstico o se dé una explicación. Se puede prescindir de esta diferencia (derecho/sociología), sin embargo habrá que admitir que las disciplinas y, al interior de ellas, diversas teorías no tienen nada que decirse. La teoría general del derecho, al menos la que se enseña en los cursos introductorios, debe de concentrarse (con respecto a lo jurídico) prácticamente en todo : realismo legal, variantes americanas y escandinavas; teoría analítica del derecho, jurisprudencia sociológica y sociología del derecho; corrientes lógicas y derecho positivista con sus correspondientes debilidades de su fase tardía: el análisis económico y la teoría de sistemas. ¿Se debe renunciar a un común denominador?

Actualmente, quizás se pueda llegar al acuerdo mínimo de que no merece la pena polemizar acerca de la "naturaleza" o del "ser" del derecho,[14] y que la pregunta decisiva es la de los límites del derecho.[15] Aquí nos enfrentamos al famoso problema de si estos límites se establecen de modo analítico o de modo concreto; es decir, si se establecen mediante un observador o mediante el objeto mismo. Si se responde: "de modo analítico" -y algunos creen erróneamente estar obligados a ello por razón de que están situados en la teoría científica-, entonces se concede a cualquier observador el derecho a su propia objetividad. De esta manera nos encontramos otra vez ahí en donde se constata la imposibilidad de una conversación interdisciplinaria. Por eso nosotros respondemos: "por medio del objeto". Esto lleva directamente a afirmar: el derecho mismo determina cuáles son los límites del derecho. El derecho mismo determina, por lo tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no. Las divergencias de opiniones se trasladan, entonces, hacia la pregunta: *cómo ocurre esto.*

Se puede hacer el esfuerzo de encontrar un punto de partida común interdisciplinario (e internacional) que sea lo más abierto posible, pero entonces se reducen el número de teorías que tendrían algo que decir.

Esto lo podemos resumir en cuatro puntos:

---

[14]Una nueva exposición sobre tales intentos, con la consecuencia de que su resultado permanece ambivalente, se encuentra en Manuel Atienza, Introducción al Derecho, Barcelona 1985, p. 5 y ss.

[15]André- Jean Arnaud, Droit et société: Un carrefour interdisciplinaire, Revue interdisciplinaire d' études juridiques 10 (1988), p. 7-32 (8). Cfr., también de él mismo., Essai d' une définition stipulative du droit, Droits 10 (1989), p. 11-14.

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann

1. La teoría que describe cómo se producen los límites en relación al entorno, es la teoría de sistemas. Puede que haya otras ofertas teóricas, pero si las hay se mantienen bien escondidas.[16] Por eso no es posible decidir todavía si se debe modificar el repertorio de la teoría de sistemas , o si haya que reconocer una alternativa que entre en competencia.

2. Se rehusa la opción "puramente analítica" para la determinación de los límites. Sin embargo, no se suprime el hecho de que todo lo que se dice es dicho por un observador.[17] La teoría que deja la determinación de los límites al objeto, es también una teoría de un observador. Pero este observador debe organizar la observación en un nivel de segundo orden, en caso de que quiera hacer justicia al objeto que por sí mismo determina sus límites; o cuando menos admitir esto como tema. El observador de segundo orden debe observar el objeto como si se tratara de un observador; esto significa: como si se tratara de un objeto que se orienta mediante la distinción sistema/entorno.

3. Con el concepto de sistemas que observan, la teoría de sistemas explora el camino de una epistemología constructivista considerada de manera general. En esa epistemología no sólo quedan incluidos los sistemas especializados en la cognición,[18] sino todo tipo de sistemas que emplean observaciones autoproducidas para regular su relación con el entorno -al que no tienen acceso directo mediante sus operaciones-. Por consiguiente quedan incluidos sistemas como el de la religión, el arte, la economía, la política y, sobre todo porque es lo que nos ocupa, el derecho.[19] La congregación de construcciones tan distintas y policontexturales se debe efectuar, en este caso, a partir de una teoría de la observación de segundo orden.

4. Una vez que se ha llegado aquí, se abren dos posibilidades que hay que diferenciar: una forma de observación jurídica del derecho y otra sociológica (pero siempre: el derecho como un sistema que se observa a sí mismo). El sociólogo observa el derecho desde las afueras; el jurista, desde dentro.[20] El sociólogo obedece los enlaces de su propio sistema,

---

[16]De todas formas: una extensa teoría cibernética de la observación de segundo orden la intenta Ranulph Glanville, Objekte, Berlin 1988. En general actualmente se expresan planteamientos de teoría bajo el lema “el observador”, los cuales no parecen ya depender necesariamente de las formulaciones de la teoría de sistemas. Compárese, por ejemplo, con Niklas Luhmann et al., Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorien?, Munich 1990. También se podría pensar en la “Spieltheorie”; pero no se puede predecir actualmente con seguridad si ésta se diferencia en forma permanente del planteamiento constructivista de la teoría de sistemas . Ver para esto el cuaderno 17-18 (1991) de la revista Droit et Société , también François Ost, Pour une théorie ludique du droit, Droit et Société 20-21 (1992), p. 89-98, así como Michel van de Kerchove/ François Ost, Le droit ou les paradoxes du jeu, París 1992, con indicaciones de la nueva discusión.

[17]Esta formulación es de Humberto R. Maturana, en Biologie der Kognition, citada de acuerdo al libro, Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, Braunschweig 1982, p. 34.

[18]Para esto, Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990 (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996).

[19]Véase también, acerca de las posibilidades de asegurar la orientación interdisciplinaria de la teoría del derecho mediante una epistemología constructivista, a André-Jean Arnaud, Droit et Société: du constat à la construction d’un champs commun, Droit et Société 20-21 (1992),p. 17-37. Compárese además con Gunther Teubner, How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law, Law and Society Review 23 (1989), p. 727-757.

[20]La diferencia interno/externo es bien conocida desde Hart y mientras tanto incluso ya ha madurado para aparecer en el diccionario. Ver la contribución correspondiente en el Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, París 1988, p. 197 y ss. Desde entonces la usan, por ejemplo, François Ost / Michel van de Kerchove, De la scène au balcon: d’où

el cual le puede exigir, por ejemplo, "investigaciones empíricas".[21] El jurista, a su vez, obedece también las conexiones que le exige su propio sistema -pero este sistema es el del derecho. Según esto, la teoría sociológica del derecho terminaría siendo una descripción externa al sistema jurídico. Sin embargo, sería una teoría adecuada si describiera el sistema como un sistema que se describe a sí mismo (lo cual no se ha experimentado actualmente en la sociología del derecho). Por el contrario, una teoría jurídica del derecho vendría a ser una autodescripción del sistema de derecho -la cual tendría que cargar sobre los hombros el hecho de que las autoobservaciones y las autodescripciones solamente pueden aprehender su objeto al diferenciarse de lo demás. La autoobservación debe identificar el objeto, es decir, debe distinguirlo, para poderse asociar a él como observación. Lo que en la actualidad se ofrecen como respuesta son sólo fórmulas problemáticas como la de "Derecho y Sociedad", que encubren el error de que pudiera existir el derecho fuera de la sociedad.[22] Por eso precisamente, con deliberación, el título de este libro reza: "El derecho de la sociedad".

Estas pocas aclaraciones en torno a lo que implica un discurso interdisciplinario conducen al centro de cuestiones teóricas no resueltas. Debemos interrumpirlas aquí, con la aclaración de que una adecuada teoría sociológica del derecho puede utilizar las ventajas de la observación externa: no estar obligada a respetar ni normas internas, ni costumbres, ni requisitos de comprensión. Todavía más: la observación externa puede trabajar con perspectivas incongruentes. Con todo, no debe equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entienden los juristas. El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una descripción razonable, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De otro modo habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y autodescripciones.

II

Estas reflexiones obligan a reconocer que aquello que existe como teoría del derecho ha nacido en conexión con las autodescripciones del sistema jurídico. Se trata de esfuerzos teóricos que aunque tengan disposición a la crítica, respetan, en primer lugar, el derecho y

---

vient la science du droit , en: François Chazel / Jacques Commaille (Edit.), Normes juridiques et régulation sociale, París 1991, p. 67-80. No obstante le falta a la discusión un contexto elaborado de teoría de sistemas.

[21]Cuando esto sucede, existen representantes de la materia que abogan vehementemente por ello (por ejemplo, Hubert Rottleuthner, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Friburgo 1981), todo depende de qué tan estrechamente se comprenda el canon metodológico y cuántos temas concernientes por entero a la realidad del derecho sean excluídos, con ello, de la sociología del derecho.

[22]Contra esta “fallacy of distinction” también Csaba Varga, Macrosociological Theories of Law: From the “Lawyer's World Concept” to a Social Science Conception of Law, en: Eugene Kamenka / Robert S. Summers / William L. Twining (Edit.), Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts, Rechtstheorie Beiheft 9, Berlín 1986, p. 197-215 (198 y ss). Esto no puede significar, empero, que se deba abandonar la distinción “dentro”/“fuera”; sólo que debe fundamentarse en forma suficiente.

declaran su adhesión a las obligaciones de las normas correspondientes. Esto es válido tanto para las teorías jurídicas en el sentido más estricto -las que se han desarrollado a partir de la práctica casuística y que refieren sus reglas a principios generales como, por ejemplo, el principio de defensa de la confidencialidad-; como también para las teorías de reflexión sobre el sistema jurídico -las que representan el valor intrínseco del derecho y el sentido de su autonomía-. Si tales tendencias casi naturales de crecimiento, que son resultado de la praxis, se formulan como mandato normativo, se llega a la exigencia de una decisión *consistente*. Esto puede interpretarse como protección contra influencias externas: "sin acepción de personas"; o también como norma jurídica interna de la justicia: para casos iguales, procedimientos iguales.

Es evidente que todos estos criterios requieren de mayores especificaciones, esto es, distinciones. Verbigracia: aclarar si las características personales son relevantes (o irrelevantes), o dilucidar si los casos son (o no) similares. Para obtener estas especificaciones vendrán en auxilio conceptos y teorías: por ejemplo, para la cuestión de la atribución causal en el caso de la calificación del componente subjetivo de la acción (premeditación, negligencia), o para diferenciar diversas formas de error que se presentan con la firma o el cumplimiento del contrato. El material completo de este desarrollo de teoría produce en el espectador la impresión, simultánea, de racionalidad y caos.

Los jurisconsultos mismos tienden en la actualidad a tomar una sana distancia. Enjuician las construcciones legales a partir de sus consecuencias; es decir, a partir de la pregunta: y qué se gana con ello. Es claro que la respuesta no la podrían obtener si sólo consideraran las consecuencias empíricas. Porque orientarse por las consecuencias no es otra cosa que un indicador de la positividad del derecho: competencia de decidir según la propia valoración. De cualquier manera esto no es ningún principio generador de teoría.

Los problemas relativos a la consistencia no son, en principio, más que problemas de *redundancia de información*. La consistencia no exige la coherencia lógica ni siquiera la libertad de contradicción autogarantizada. Se trata más bien de reducir, mediante información, la necesidad de más información: reducir el efecto sorpresivo de la decisión, condensar la información para adivinar hacia dónde conducen las decisiones. En lo posible, el derecho debe ser previsible o, al menos, un instrumento cuyos efectos puedan ser calculados. En el caso ideal, una palabra clave es el origen de la decisión -así como el análisis detallado de un hueso que se ha encontrado permite la determinación de la especie de la que proviene.

La redundancia hace colisión con la variedad de las circunstancias de la vida y de los casos jurídicos. Entre más variadas son las circunstancias que entran en el campo de observación del sistema jurídico, más difícil será sostener una consistencia suficiente. Debido a esto, el derecho antiguo se había atenido a las formalidades. Cuando se añaden "figuras delictivas internas", "motivos", "intenciones", se hace necesaria una revisión de la conceptuación que funge en calidad de control. Lo mismo es válido para el desarrollo del

proceso jurídico cuando habla de posibilidades de demostración más exigentes y más indirectas. Históricamente no ha sido claro el que el derecho mismo sea el que tenga que aportar las pruebas tanto en lo referente al hecho como a la validez. Y si se lo considera con detenimiento esa es una pretensión asombrosa del derecho. Ya que en los hechos se trata tanto de la solución de una paradoja, como de autoorganización, como de llevar a efecto la autonomía social. La ruptura parece que tuvo lugar en el siglo XII.[23] Desde la Edad Media, este desarrollo se ha promovido con grandes éxitos, pero también con las correspondientes pérdidas de seguridad. Ante esta pérdida de certidumbre la jurisprudencia cautelar ha tenido que reaccionar anticipándose a los problemas de la decisión.

Todo esto nos ocupa, ahora, sólo de manera marginal. Ya habrá oportunidad de que regresemos con más detenimiento. Por el momento interesa únicamente echar una vistazo rápido a las consecuencias de este tipo de desarrollo teórico. Como se aprecia, se han producido innumerables teorías jurídicas, pero ninguna teoría del derecho. Se ha llegado a la representación casuística por medio de teorías referidas a problemas específicos, pero no se ha arribado a un entendimiento apropiado del derecho como una unidad que se produce a sí misma. El resultado ha sido la existencia de multiplicidad de teorías, pero no una autorrepresentación del derecho como derecho. Los requerimientos de consistencia (requerimientos de redundancia) de la praxis sí han sido tomados en cuenta; en cambio los fundamentos han tenido que ser presupuestos o han sido introducidos "dogmáticamente", es decir: las abstracciones no han sido analizadas.

Estas apreciaciones no están pensadas como crítica al desarrollo y al nivel de racionalidad de dichas teorías. Por el contrario más bien habría que hablar de un déficit en el análisis de la información en el sentido de todo lo que requeriría la racionalidad de la profesión.[24] Por consiguiente, no se trata, aquí, de que nos ocupemos de los intereses racionales de todas estas propuestas. Nuestra pregunta se limita tan sólo al asunto de cómo se puede comprender el derecho como unidad y para eso aplicaremos la teoría de sistemas: así se verá a lo que uno se aventura cuando se define la unidad del derecho como sistema.

Naturalmente que esta no es una pregunta nueva. Para la cuestión de la unidad existen ya tratamientos tipificados -y eso debería servir de advertencia-, que no han tenido ninguna influencia apreciable sobre la práctica del derecho.[25] La construcción más influyente (o al menos la más tradicional) acerca de la unidad del derecho se sirvió de la imagen de jerarquía de las fuentes o de los tipos de derecho: derecho eterno, natural, positivo. Esta construcción pudo apoyarse en una sociedad estratificada y en una correspondiente

---

[23]Compárese con Harold J. Berman, Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition, traducción al alemán, Francfort 1991, p. 252, seguida de un panorama sobre la metodización del proceso probatorio, y habiendo introducido suposiciones (que deben ser refutadas). Véase también, para el problema de la paradoja en este contexto, a Roberta Kevelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law, Berlín 1990, p. 35 y ss.
[24]Véase, para ello, a Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, 1974
[25]Sean concedidas gustosamente las excepciones. Las argumentaciones del derecho natural de un Grotius o un Pufendorf se aplican también en textos jurisprudenciales, no sin embargo las de Hobbes o Locke.

arquitectura jerarquizada del mundo, pero planteó precisamente la necesidad del orden jerárquico de manera dogmática y con ello se hizo de la vista gorda sobre la paradoja de la unidad de la diferencia. La unidad pudo ser, entonces, únicamente la misma *diferencia* de rango.

En el siglo XVIII, en vistas del desmoronamiento del orden estamentario y de la creciente temporalización e historización de las descripciones de las estructuras sociales,[26] la diferencia que establecía la unidad -*el rango*- será sustituida por la de *progreso*. El derecho, entonces, es concebido por Hume, Rousseau, Linguet, Kant y otros, como el histórico proceso civilizatorio de la fuerza. Darwin, sin embargo, había rechazado hablar de "más alto y más bajo" y con eso saboteó la idea de progreso. De paso, despojó a la metafísica de Hegel de su fuerza arrolladora.

Así mismo en los siglos XVIII y XIX surge una competencia inesperada frente al derecho -al principio en la forma de estadística social y, más adelante, con el rostro de diferentes ciencias sociales que se diferenciaron rápidamente. Hasta entonces los profesores de derecho habían creído tener la exclusiva respecto a la representación de lo que se entendía por sociedad.[27] De esta manera se recomendaba tratar el término "societas" como un concepto de derecho y concebir el origen de la sociedad de acuerdo al patrón otorgado por el contrato. La competencia científica de ese tiempo muestra lo ligados que estaban los catedráticos del derecho a su propio acervo de pensamiento. Por eso pasó inadvertida, y hasta llegó a ser rechazada, la representación de la sociedad como instituto legal. Los juristas se trataron de salvar asidos a las teorías del derecho positivo que chocaban con los problemas de legitimación. Desde la mitad del siglo XIX hay una vuelta a la vigencia de los valores (que nadie discute) aun cuando -o quizás precisamente por ello-, de allí no se pueda inferir nada sobre los casos concretos.[28] La diferencia directriz consiste entonces en ser y valor, y para la determinación de lo que ha de ser válido ya no se aceptan más los presupuestos de contenido, sino sólo los procedimentales. Con ello se tuvo la impresión de que la unidad del derecho se podía trasladar hacia las reglas de la argumentación, o simplemente hacia el arreglo de los intereses negociados. En todos estos intentos es de notar que se produce un peculiar distanciamiento del derecho. Esto es entendible y probablemente ya no se pueda cambiar.

Porque ya no se decide sobre la unidad del derecho dentro del derecho, sino únicamente se produce y se reproduce la unidad por el solo hecho de que se toman decisiones sobre cuestiones jurídicas. Así, por primera vez, el tan mentado análisis económico del derecho

---

[26]Compárese con Wolf Lepenies, Das Ende der Naturgeschichte: Wandel kultureller Selbstverständlichkeiten in den Wissenschaften des 18. Und 19. Jahrhunderts, Munich 1876.

[27]Véase, para ello, desde la perspectiva del derecho anglosajón, a W. T. Murphy, The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition, The Modern Law Review 54 (1991), p. 182-215.

[28]Con esta fecha aproximada no se debe poner en duda que también la fe en el progreso, y con ella el esquema Civilización/fueza aún encuentra partidarios. Ver, por ejemplo, a Walter Bagehot, Physics and Politics: Thoughts on the Application of the Principles of “Natural Selection” and Inheritance to Political Society, (1869), citado de acuerdo a Works Vol. IV, Hartford 1895, p. 427-592. El ve que el progreso viene a desembocar en una “age of discussion”.

parece romper la discrepancia entre teorías acerca de problemas jurisprudenciales útiles y la descripción de la unidad del derecho.[29] Este análisis económico ofrece el cálculo de los beneficios -lo que en un sentido es muy racional, además de que se puede manipular en forma muy simple. Todo esto ha conducido, sobre todo en la Unión Americana, a un acercamiento sorpresivo entre teoría y jurisprudencia -desde luego recurriendo a simplificaciones que permiten ser aplicadas en muy diversos campos, aunque con grandes limitaciones en cuanto a sus efectos en la práctica legal misma. Es evidente que ya se han tomado las suficientes cautelas después de las amplias experiencias con el utilitarismo entendido en forma puramente individualista, con los problemas de agregación de las preferencias individuales a las sociales y con la diferenciación entre utilidad de la acción y utilidad de las reglas. La tesis, que no toma en cuenta los problemas de agregación, reza: la solución más favorable (o desfavorable) para el interés público -que no el bien común-, se puede calcular desde un punto de partida individualista. Sin embargo, hay muchos problemas que no quedan resueltos. Quizás lo más importante sea el hecho de que no se puede contar con el futuro. Por consiguiente no existe ninguna diferencia para la validez legal del resultado de este cálculo del beneficio, si más tarde se evidencia que fue falso. Como todos los intentos de introducir en el derecho la unidad bajo cualquier forma (y forma significa: diferencia decisiva), también el esfuerzo del cálculo de la utilidad descansa sobre la solución de una paradoja -desdoblamiento, invisibilización, civilización, asimetrización-. Además de que la indiferencia última respecto a lo correcto o falso de la verificación de las expectativas es una característica típica del actuar cargado de riesgo. El análisis económico del derecho justifica, por consiguiente, las decisiones legales en calidad de decisiones que asumen riesgos.

Estas reflexiones estimulan, sin que hayamos entrado en una polémica detallada,[30] a buscar otras posibilidades. Como diferencia directriz nos servirá la distinción sistema/entorno -diferencia que sirve de base a todas las nuevas variantes de la teoría de sistemas. Esto tiene la ventaja, como se verá fácilmente, de que la sociedad (junto con su entorno) entra en el panorama del sistema del derecho como entorno. El análisis económico del derecho sólo puede considerar la sociedad como un sistema general de compensaciones de los beneficios, independientemente de qué tan indirectamente estén mediados.[31] La teoría de sistemas puede desarrollar una descripción de la sociedad de contenido mucho más rico y concreto, aparte de que se la puede aplicar a otros sistemas de

[29]Entretanto, también en Alemania, maduro ya como libro de texto. Véase a Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlín 1986.

[30]Compárese, por ejemplo, con Karl-Heinz Fezer, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, Juristen-Zeitung 41 (1986), p. 817-824; de él mismo: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, Juristen-Zeitung 43 (1988), p. 223-228. También en las Law Schools americanas se encuentran divididos correspondientemente en forma aguda e irreconciliable. Véase, en el lado contrario, por ejemplo, a Bruce A. Ackerman, Reconstructing American Law, Cambridge Mass. 1984.

[31]Esto significa, por lo demás, que los retardos temporales deben ser tomados en cuenta, con lo cual esta teoría se hiere a sí misma en su punto más candente: la imposibilidad del cálculo del futuro.

funciones de la sociedad. El entorno social interno del sistema del derecho aparece, entonces, como algo altamente complejo, con la consecuencia de que de esta manera el sistema del derecho se ve en la necesidad de remitirse a sí mismo: a la propia autonomía, a los límites auto-establecidos, al código y a los filtros altamente selectivos, que si se llegaran a desbordar pondrían en peligro el sistema o se podría hasta suprimir su determinación estructural.

De la misma manera que el análisis económico, la teoría de sistemas tiene también desventajas. Ambas, comparadas con las teorías del derecho anteriormente bosquejadas, son relativamente nuevas -aunque en un sentido totalmente diverso. La desventaja de la teoría de sistemas (si es que eso fuera realmente una desventaja) estriba en la suma complejidad y la abstracción de sus conceptos. Su campo conceptual es interdisciplinario y se le comprendería de manera fragmentaria si sólo se recurriera a los medios habituales de las disciplinas científicas (y esto aunque se trate de grandes disciplinas: física, biología, psicología, sociología). Ningún jurista podría estar informado adecuadamente -y que hablar de estar al día-, debido a los rápidos desarrollos en este campo. En este esfuerzo teórico no deberían quedar excluidas las aplicaciones prácticas, pero en realidad éstas surgirán esporádica y puntualmente: por casualidad y más bien en forma de estímulos que de conclusiones lógicas. Por ello, desde un principio, renunciaremos a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica, de aquí que describimos el sistema de derecho como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir: sin ningún intento de representación del mundo exterior al sistema.

Además la teoría de sistemas trabaja con su propia diferenciación directriz: sistema/entorno. Por ello se ve obligada a indicar siempre el sistema de referencia - ya que cada sistema observa el entorno como diferente. Si se toma en consideración la capacidad de autodescripción de los sistemas, esto obliga a diferenciar las autodescripciones de las heterodescripciones con respecto al derecho. Ciertamente se puede postular bajo la consigna de "teoría del derecho" una integración de ambas perspectivas. Sin embargo, desde la teoría de sistemas habrá que contar con una nueva partición, tan pronto como se especifiquen más detalladamente los rendimientos teóricos.

El sentido de una descripción guiada por la teoría de sistemas se encuentra, sobre todo, en el establecimiento de una relación entre teoría del derecho y teoría de la sociedad, esto es, una reflexión teórico-social del derecho. Desde la Edad Media la sociedad europea había desarrollado una comparación -desusada por la concentración e intensidad de la aplicación de regulaciones, internacional e intercultural-, que la llevó a definir la sociedad misma como institución legal. Piénsese, entre otras cosas, que ya en la Edad Media muchas posiciones sociales estuvieron ocupadas por clérigos que no habían estudiado intensivamente teología sino, como alternativa de los estudios, derecho canónico. Además habría que pensar lo que significó la autonomía del derecho para el desarrollo del Estado

moderno, y la importancia de la propiedad para el desenvolvimiento de la economía -instituciones jurídicas que analizaremos bajo el punto del vista del acoplamiento estructural del derecho con otros sistemas de funciones. La transformación de la sociedad corporativa en moderna, fue efectuada con ayuda del derecho -por eso la revolución, como violación del derecho, debe ser vista como forma del derecho-. Esto no autoriza para nada sacar la conclusión de que esta cultura del derecho que se infiltra, se impone y regula el orden social pueda mantenerse y continuarse dentro de la sociedad moderna. Un vistazo a los países en vías de desarrollo (y aun los desarrollados), sería suficiente para despertar dudas.[32] Los síntomas de agobio en el sistema jurídico actual ya han sido muy discutidos. Puede ser que se trate de un fenómeno de transición, resultado de las viejas demandas de exigencia regulativa y de adaptación a las nuevas condiciones. Piénsese, por ejemplo, en la dificultad de dotar de forma jurídica a los problemas de riesgo o a los problemas ecológicos. Pero, ¿cómo se puede formar un juicio sobre estas cuestiones? ¿Qué tipo de teoría podría ayudar cuando, por un lado, se reconoce el valor regulativo del derecho en la sociedad moderna, pero, por otro, ya comienzan a perfilarse las modificaciones?

Seguramente la respuesta no vendrá mediante el retorno al derecho natural de proveniencia aristotélica o posaristotélica (derecho racional). Tampoco la respuesta vendrá por los intentos de basarse en la "ética", a la que le faltan contornos bien delineados.[33] Y tampoco el análisis económico del derecho tendrá una contestación, ya que ofrece muy pocos elementos informativos sobre la sociedad en la que se practica. El análisis teórico de sistemas, comprendido de manera suficientemente amplia, es el único candidato que ha llegado a perfeccionarse.[34] Esto hace necesario en primer lugar que se sustituya la explicación proveniente de un *principio* (justicia, cálculo de ganancia, poder), por una distinción: sistema/entorno. Es evidente que una sola distinción no basta y que habrá que utilizar una galaxia completa de distinciones -que habrán de ser armonizadas. Se trata entonces de que al lado de la distinción sistema/entorno, aparezcan, sobre todo, la distinción teórico evolutiva de variación/selección/reestabilización; la distinción teórico comunicativa de información/acto de comunicar/comprensión, y todavía mucho más elementalmente la distinción: operación/observación. Este aparato conceptual lo aplicaremos muy selectivamente y, en su oportunidad, en el lugar que le corresponda. Por lo pronto se trata sólo de hacer alusión a una tipología teórica. Una sociedad compleja puede ser únicamente descrita -aun cuando para ello se renuncie a una descripción adecuadamente compleja (requisite variety)-, por medio de una teoría compleja. Y no es de otro modo que pueda lograrse un juicio sobre el derecho de la sociedad.

---

[32]Compárese por ejemplo, con Volkmar Gessner, Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko, Tübingen 1976; Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlín 1992.
[33] Antes bien los "análisis de la ética" o de las "comisiones para la ética" sirven contrariamente a la preparación del consenso básico político en vistas de las regulaciones legales, ya que reciben del derecho la perspectiva de que es posible modificar todo, de nuevo, cuando aparezcan nuevas informaciones o que las relaciones se estimen de otra manera.
[34]Póngase de relieve el carácter histórico, no excluyente de ninguna manera de otras posibilidades, de esta determinación.

III

Por consideraciones generales de teoría del conocimiento, partimos del hecho de que toda observación y toda descripción deben apoyarse en una diferencia.[35] Para que algo pueda ser designado (tematizado), debe ser, en primer lugar, distinguido. Cuando la diferencia contrasta algo apartándolo de otras cosas, entonces se designan *objetos*. Si por el contrario, la distinción acontece mediante contrastación llevada a cabo por nociones contrarias, entonces se designan *conceptos*. A la formación de conceptos se llega, entonces, sólo cuando se pueden distinguir las distinciones. Un entendimiento teórico del derecho presupone la formación de conceptos, por lo menos en el sentido que aquí hemos esbozado someramente.[36]

Si, de nuevo, se pasa revista a los planteamientos ya debatidos sobre la teoría del derecho, entonces se verá con claridad que cada una de las teorías echa mano de sus propias distinciones, así como también configuran "formas";[37] es decir: construyen diversos objetos.

El antiguo derecho natural europeo trabaja con una arquitectura estática del mundo y correspondientemente con la distinción arriba/abajo, concebida como diferencia de rango y cualidad. Esta jerarquía de niveles (fuentes, cualidades) encuentra su asidero en una jerarquía cosmológica general expresada en la esencia de las cosas. El derecho será diferenciado dentro de esa jerarquía como una entidad especial. Esto significa: el derecho natural no descansa únicamente en el conocimiento de la naturaleza (como actualmente la física), sino que se apoya en la jerarquía que lo sustenta: la comprensión ontológica del mundo, articulada sobre la base de una lógica de tan sólo dos valores. Por esta razón, se desvanece aquello que pudiera ser considerado el lado opuesto de la forma. La injusticia no es ningún derecho. Pero injusticia e ilegalidad no pueden ser distinguidas teóricamente (aun cuando no todo actuar suscita necesariamente un problema legal): esta no diferenciación reafirma, por su parte, la impresión de que el orden legal es ineluctable.

El derecho racional de los siglos XVII y XVIII se remite ya con mayor fuerza a una perspectiva utilitarista (bienestar), y con ello relativiza la relevancia del orden estratificado. La diferenciación determinante es aquí la de útil/inútil/dañino. El postulado de la libertad es válido bajo la premisa de que existe un ámbito amplio del actuar en el que el individuo puede perseguir su propio provecho, siempre y cuando no dañe a nadie. El actual análisis económico del derecho se puede comprender como continuación de este concepto

---

[35]Compárese el cálculo desarrollado para esta idea, con George Spencer Brown, Laws of Form, citado según la reimpresión Nueva York 179. Para el contexto de las implicaciones entre el distinguir y la auto-referencia, compárese también con Louis Kauffman, Self-reference and recursive formas, Journal of Social and Biological Structures 10 (1987), p. 53 hasta 72.

[36]Resulta evidente el hecho de que a la elaboración de *teorías* le sean suficientes otras pretensiones y que la formación de conceptos se deba situar bajo condiciones específicas. Piénsese, por ejemplo, en las condiciones de la consistencia (redundancia) con complejidad creciente.

[37]"Formas", en el sentido de George Spencer Brown, como marcaciones de límites -las cuales separan dos lados.

utilitarista, aunque ya toma en consideración las objeciones que actualmente se le hacen. El postulado de generalización de la filosofía trascendental eleva el supuesto de la libertad, de nuevo, a principio.

Junto a esas distinciones circula una referida al tiempo: fuerza y civilización. La Ilustración la tomará para justificar la promoción del progreso. Esta distinción de la "fuerza" (vis, no potestas) tiene en su punto de partida un planteamiento específicamente jurídico. Desde Thomasius, el derecho natural es entendido correspondientemente como derecho que se obtiene por la fuerza y que se delimita frente a la moral echando mano de la distinción fuera/dentro. De esta forma, la diferenciación fuerza/civilización tiende a reconocer sólo como derecho el derecho positivo. Aunque el concepto de civilización (recreado en el siglo XVIII)[38] al incluir el desarrollo social total (educación, división del trabajo) hace depender la teoría del derecho de la premisa de un progreso de civilización.

De manera radicalmente distinta que el derecho natural, el hecho de integrarse a la historia y la reducción que se lleva a cabo al aceptar el derecho positivo (independientemente de cómo se controle la racionalidad de la argumentación), muestra una clara adaptación del sistema jurídico a las condiciones de la sociedad moderna que comienza ya, en el siglo XVIII, a perfilarse.

La distinción fuerza/civilización fue atacada, al principio sin éxito, en el siglo XVIII.[39] Esta se desintegra -no necesariamente como distinción, pero sí como teoría fundamental del derecho- con la pérdida de confianza en el progreso. La distinción será sustituida por la de: ser (valor) y validez. Con el auxilio de esta distinción el derecho se puede abstraer de los hechos de la vida social y con ello pretender una existencia "espiritual" propia: la autonomía de un ámbito cultural especial. En la teoría del derecho esto condujo a discusiones escolares acerca de la jurisprudencia conceptual/jurisprudencia de los intereses y a la consiguiente distinción de legalidad/legitimidad -esta última se definía mediante referencia a los valores.

A partir de este trasfondo es comprensible que la sociología incipiente fuera, al mismo tiempo, cercana y lejana cuando se utilizaba el recurso de la distinción norma/hechos.[40] Para el practicante del derecho era más que evidente que debía formarse un juicio acerca de los hechos y sus asociaciones, y con mayor razón cuanto más se le exigía una "social engineering". En ese sentido, la reducción de la ciencia jurídica a ciencia de normas, condujo a la postulación, como algo complementario, de una sociología jurídica como ciencia auxiliar para el planteamiento y aplicación del derecho -investigación de hechos

---

[38]Según Werner Kraus, Zur Anthropologie del 18,.Jahrhunderts: Die Frühgeschichte der Menschheit im Blickpunkt der Aufklärung, Munich 1979, p. 65, el concepto “Civilización” se encuentra primero en Nicolas-Antoine Boulanger, L’Antiquité dévoilée par ces usages, Amsterdam 1766. “Civiliser” es ya usual en el siglo XVII.

[39]Compárese, por ejemplo, con Simon-Nicolas-Henri Linguet, Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société, 2 Vol. Londres1767, en especial el discours préliminaire.

[40]Compárese, como formulación clásica, con Hans Kelsen, Zur Soziologie des Rechts: Kritische Betrachtungen, en: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 34 (1912), p. 601-614; de él mismo, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tubinga 1922.

jurídicos, como lo expresan algunos, actualmente-.[41] En el ámbito sociológico esto no ha encontrado resonancia. Para la sociología se trataba, por razones de independencia de la disciplina, más bien de representar la sociedad misma como un hecho generador de normas que dependían de orientaciones normativas (religión, moral, derecho).[42] De cualquier manera es imposible sociológicamente (por lo tanto, también imposible para la sociología del derecho). expresar el ámbito de objetos sociológicos con la ayuda de la diferenciación norma/hechos.

Después de una historia en extremo larga, en la que se han utilizado muchas distinciones que han puesto de manifiesto sus cualidades y sus límites, surge la pregunta de cómo se podrían conservar estas verdaderas conquistas conceptuales y que, al mismo tiempo, pudieran ser reformuladas en una nueva teoría del derecho. Se podría pensar en hacer el intento mediante una mediación de las distinciones hasta aquí utilizadas. Pero entonces la pregunta sería: qué distinción transcendental podría permitir semejante maniobra. Naturalmente el jurista presta atención a las consecuencias de sus decisiones y las valora de manera distinta si sirve o si daña intereses. Es evidente que el derecho diferencia hechos, de normas; lo existente, de lo vigente. Sólo que ninguna de estas distinciones puede ser utilizada para que de un lado se designe lo que es el derecho y del otro, quede designado lo que no. Ninguna de estas distinciones define, por tanto, la forma de derecho en el sentido de un objeto de observación y descripción. Más aún, se tendría que partir de la consideración de que el mismo derecho es quien origina dichas distinciones y que con ayuda de esas diferencias orienta sus propias operaciones y las provee de capacidad de observación. Lo que nos ofrece la tradición no son distinciones constituyentes del derecho, sino distinciones que son producidas en el ejercicio mismo del derecho y que son aplicadas con la correspondiente limitación en el beneficio.

Llegados a este punto -la diferenciación del derecho-, se pueden poner las cartas sobre la mesa. La cuestión planteada se puede resolver si se logra describir el derecho como un sistema autopoiético y autodiferenciador. Este programa de teoría implica que el derecho mismo es quien produce todas las dstinciones y descripciones que utiliza, y que la unidad del derecho no es más que el hecho de su autoproducción: "autopoiesis". De acuerdo con esto, la sociedad debe ser tratada como un entorno que posibilita y soporta eso. La objeción típica que surge de inmediato es que esto eliminaría el derecho en la sociedad puesto que se caería en un solipsismo jurídico. Todo lo contrario: aunque esto sólo se puede mostrar suficientemente mediante la vía de una recepción total de los recientes desarrollos teóricos

---

[41]Véase la serie de escritos publicados bajo este nombre por el Bundesministerium der Justiz. Para un panorama, desde la perspectiva del usuario, compárese con Dietrich Stempel, Empirische Rechtsforschung als Ressortforschung mi Bundesministerium der Justiz, Zeitschrift für Rechtssoziologie 9 (1988), p. 190-201.

[42]Determinadas conexiones con la teoría del derecho fueron construídas con la ayuda del concepto de "institución" (actualmente reavivado). Véase, sobre todo, a Santi Romano, L'ordinamento giuridico, reimpresión de la segunda edición, Florencia 1962; Maurice Hauriou, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, traducción al alemán (editada por Roman Schnur), Berlín 1965. Ellos sociologizaron el concepto de fuente jurídica, pero no lo llevaron muy lejos jurídicamente. Para la discusión actual, compárese con Neil MacCormick / Ota Weinbeerger, An Institutional Theory of Law, Dordrecht 1986.

de la teoría de sistemas. El planteamiento teórico se sobrecargará con la introducción de reflexiones preliminares altamente complejas y abstractas. En contraste, todas las teorías vistas hasta aquí aparecerán en una clásica sencillez. El problema de estas teorías fue precisamente encontrar un principio o una forma determinante de diferenciación para que el derecho se sostuviera sobre sí mismo. Pero cuando todo esto ha sido insuficiente, no queda otro camino que intentarlo con teorías de mayor poder de ordenamiento y de una más alta complejidad estructural. Esto no debe suceder de golpe en las líneas que trazaremos en las siguientes investigaciones. Pero una vez que el problema se ha planteado de esta manera, cada alternativa debe estar a la altura del problema.

IV

A diferencia de las teorías jurisprudenciales, de la filosofía del derecho o de cualquier otra teoría dirigida al uso y al desarrollo del sentido dentro del sistema legal, el destinatario de la sociología del derecho no es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia. Esta diferencia no debe perderse de vista a pesar de todas las coincidencias con las formulaciones teóricas del derecho -finalmente se trata del derecho-. Esto significa, por encima de todo, que los análisis del capítulo siguiente deben evitar toda implicación normativa. Las afirmaciones deberán permanecer en el nivel de aquello que la sociología puede determinar como hechos. Todos los conceptos, en este sentido, tendrán una referencia empírica. Esto no quiere decir que nos limitaremos a afirmaciones que estén sustentadas (o que puedan quedar sustentadas) mediante investigaciones empíricas -en el sentido del instrumental habitual-. Para este fin, el alcance de los métodos empíricos hasta hoy reconocidos es demasiado corto.[43]

Adquiere mucho más importancia conceder valor, en la selección del instrumental teórico, a la circunstancia de que los conceptos denominan hechos que son observables, aun cuando en el nivel de las afirmaciones que estos conceptos formulan, éstas no se puedan comprobar debido a la limitación de las hipótesis empíricas usuales. Dicho de otra manera: evitaremos las afirmaciones (sin referencia empírica) sobre el nivel ideológico, sobre un campo especial de valores, sobre las normas o el "deber" en el sentido de Kelsen. Para los sociólogos no existe ninguna "idea del derecho" que esté por encima del derecho. Tampoco procede la idea de un derecho "extra legal", como si se tratara de un nivel especial de validez por encima del orden legal practicado, y desde el cual se pudiera comprobar si el derecho, en resumidas cuentas, es (o no) derecho .[44] Antes bien el derecho

[43]No raramente esto se pone de relieve como carencia en la teoría del sistema autopoiético del sistema del derecho (que se presenta a continuación) - así por ejemplo de William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park 1990. Las propias ideas de este autor exceden en forma tan aventurada las posibilidades empíricas de investigación orientadas por los instrumentos disponibles, que es mejor entonces no exigir tales demandas.

[44]Véase, por ejemplo en la parte jurídica, a Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnomen? Tubinga 1951, nueva impresión de él mismo, Wege zum Rechtsstaat: Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht, Königstein/ Ts. 1979, p. 1-48.

se verifica a sí mismo y mientras esta verificación no acontezca, no sucede nada jurídico. Por esta razón aquello que eventualmente es visto en el sistema jurídico como derecho "extra legal" aparece confirmado en las normas positivas del derecho constitucional y, sin ellas, no sería reconocible. El concepto de norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica, la cual puede ser observada psíquicamente o mediante el sentido mentado que se vuelve comprensible en la comunicación. Estas expectativas o existen -o no existen. Y cuando se quiera formular que tales expectativas deberían existir, no habría que retroceder al nivel del deber ser normativo existente de por sí; por el contrario, hay que mantenerse en el plano de las expectativas, esto es, de las expectativas que anticipan normativamente lo que es normativamente de esperarse.

Todavía más: no comprendemos el concepto de validez en sentido normativo, como si estuviera ya implícito que lo válido, debe ser válido. Por consiguiente eludimos cualquier posibilidad de recurrir a un "nivel más alto" que aquel de la adjudicación nominal. El derecho es válido cuando está acompañado por el símbolo de la validez -y cuando no, no.

Finalmente el concepto de función tampoco va acompañado de ningún sentido normativo o teleológico. Se trata únicamente de un punto que, al establecer límites, hace posible la comparación y que, visto desde el sistema de la sociedad, se trata de un problema cuya solución es premisa para una evolución de más altos grados de complejidad del sistema.

También la teoría del derecho ha osado acercarse a la proximidad de una autodescripción orientada por los hechos, por ejemplo, bajo la influencia del behaviorismo de la primera mitad del siglo XX o del movimiento de la "unity of science". Un análisis detallado conduce rápidamente al punto débil de la argumentación, o por lo menos a las ambivalencias, allí donde se esperaba que el derecho hiciera afirmaciones que alcanzaran lo normativo. No es fortuito que Karl Olivecrona introduzca su monografía programática "Laws of Fact",[45] con el tema "The Binding Force of the Law" e intente filtrar allí todas las mistificaciones del derecho natural o de la teoría positivista de la voluntad del Estado. Sin embargo, quien atendiera estrictamente a la facticidad del acontecimiento legal, no formularía el problema de esta manera. El derecho no tiene ningún poder obligatorio. Se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa. Hablaremos también de "obligación temporal", pero solamente en el entendimiento de que el lenguaje obliga a que uno se sujete al tiempo -incluyendo el uso futuro- por medio de la determinación del sentido de las palabras.

Este trazo de límites es sólo otra versión que se opone a una teoría "amigable del derecho". Nuestra versión establece que la diferencia entre normas y hechos es una diferenciación interna al sistema de derecho. Por medio de la elaboración de esta distinción la teoría del derecho se integra al sistema jurídico. Para el sistema de la ciencia esta diferencia -normas/hechos- no es de importancia: ¡como diferencia! Dicho de otra forma: Si

---

[45] Copenhague- Londres 1939.

se habla de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en el sistema jurídico, por razones comprensibles, se utiliza esta distinción. El sistema de la ciencia tiene que ver únicamente con hechos. Por eso diferencia hechos de conceptos -así como diferencia autorreferencia de heterorreferencia. Por todo esto, se convierte en una trivialidad advertir, en el texto venidero, sobre el carácter no normativo de los conceptos y las afirmaciones.

V

La sociología del derecho tradicional acredita su pertenencia a la sociología en la medida en que utiliza métodos empíricos y aplica al derecho teorías sociológicas. De manera distinta, nuestra teoría parte de la afirmación de que el sistema del derecho es un sistema parcial (subsistema) del sistema de la sociedad.[46] Por eso, los análisis venideros se comprenden también como una contribución a la teoría de la sociedad. De la misma manera, en abierto contraste con los análisis científicos usuales sobre el derecho, no interesan en primer lugar las influencias que ejerce la sociedad sobre el derecho. En el contexto de las investigaciones de "Law and Society" el cuestionamiento habitual parte de la premisa de que el derecho está más o menos afectado por las influencias sociales. La pregunta anterior de cómo es posible el derecho en la sociedad, ni se plantea ni se contesta.

El siguiente capítulo servirá para el desarrollo de este planteamiento. Con este fin, presuponemos que la unidad de un sistema se produce y se reproduce únicamente por medio del sistema mismo y no por medio de factores situados en el entorno. Esto es válido tanto para el sistema de la sociedad como para su sistema parcial del derecho. El análisis, pues, mantendrá como sistema de referencia el "sistema del derecho"; sin embargo, debemos aclarar que la relación que guarda este subsistema con el sistema de la sociedad es ambigua. Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema jurídico son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad. El sistema jurídico ratifica la sociedad en cuenta se diferencia de ella. Dicho de otra manera: el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad. Como resultado de este corte, se puede preguntar cómo se ejercen las influencias de ese entorno social específico sobre el derecho, sin que esto conduzca a que derecho y sociedad ya no se diferencien.

Esta problemática específica de la relación ambivalente entre derecho y sociedad se hará más diáfana en cuanto se eche mano del recurso de un planteamiento estrictamente operativo. Esto significa: la unidad de un sistema (incluye estructuras y límites del sistema)

---

[46] Véase también, para una opinión similar, a Adam Podgorecki/ Christopher j. Whelan/Dinesh Khosla (Edit.), Legal Systems and Social Systems, Londres 1985.

se producirá y reproducirá por medio de operaciones del sistema. Por eso hablaremos también de "clausura operativa" del sistema. Esta clausura es válida tanto para el sistema de la sociedad como para el sistema del derecho. La forma de operación que produce y reproduce el sistema de la sociedad es la comunicación plena de sentido.[47] Esto permite afirmar que el sistema del derecho -en cuanto sistema parcial de la sociedad, que utiliza la forma operativa de la comunicación- no puede hacer otra cosa que crear formas de sentido a través de la comunicación. El hecho de que esto sea posible y que se haya convertido en evidente durante el transcurso de una larga evolución socio-cultural, es mérito del sistema de la sociedad. Con ello se garantiza al sistema jurídico que ni el papel ni la tinta, ni el hombre ni otros organismos, ni los tribunales de justicia y sus recintos, ni los aparatos telefónicos o las computadoras que allí se utilizan, formen parte constitutiva del sistema.[48] Este límite exterior está ya previamente constituido por la sociedad. Quien intente comunicar con un teléfono (¡deja de sonar!) incurre en una confusión de sistema, ya que sólo se puede comunicar por medio del teléfono.

El sistema del derecho opera, pues, en la forma de comunicación, protegiendo los límites que la sociedad misma traza. El sistema jurídico debe entonces remarcar aquello que ha de ser manejado en el sistema como comunicación específicamente jurídica. Este tema nos ocupará en detalle. Por el momento sólo nos interesa fijar, con ayuda de la teoría de los sistemas clausurados en su operación, una posición frente al debate sostenido por largo tiempo por la semiótica y el análisis lingüístico -que por cierto también se han aplicado en el derecho.[49] En lo que se refiere a los signos o al lenguaje, la tradición francesa surgida a partir de Saussure ha recalcado sobre todo los aspectos estructurales; la tradición americana basada en Peirce, por el contrario, ha acentuado los aspectos pragmáticos. En un caso la dificultad estriba en las obligaciones estructurales a las que está expuesta la aplicación de los signos lingüísticos (independientemente de lo que reclaman para sí los filósofos cuando arguyen la cuestión de la autonomía del pensamiento).[50] En el otro caso, el acento se ha puesto en la intención del hablante, en los "speech acts" en el sentido de Austin y Searle.

---

[47] Véase también a Niklas Luhmann/Raffaele De Giorgi, Teoria della società, Milano 1992 (En castellano: Teoría de la sociedad, U. De Guadalajara, U. Iberoamericana, Iteso, Guadalajara, 1993), y para los sistemas sociales en general Niklas Luhmann, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Francfort 1984 (En castellano: Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, Anthropos, Pontificia Universidad Javeriana, U. Iberoamericana, Barcelona, 1998).

[48] Las protestas contra esta delimitación, no tanto de los edificios, pero sí de los hombres, son legión. Véase, para el área de la sociología del derecho por ejemplo, a Walter Kargl, Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs, Rechtstheorie 21 (1990), p. 352-373. Una lectura aun superficial de estos planteamientos muestra, sin embargo, que los conceptos como hombre, sujeto, individuo, son usados en singular y se ahorran , por ello, la reflexión de quién es el realmente aludido. Cuando se toman empíricamente en serio los hechos designados por ellos, no se puede hablar de que la señalización de algún individuo (por favor: nombre, edad, dirección, sexo, etc.) pudiera ser útil para el entendimiento de los fenómenos sociales. Les hacemos, pues, a aquéllos que polemizan de esta manera la recriminación de que no toman en serio al hombre como individuo.

[49] Véase, por ejemplo, a B. Bernard S. Jackson, Semiotics and Legal Theory, Londres 1985, en especial, p. 25 y ss.

[50] Hasta llegar, por ejemplo, a Jacques Derrida, Le supplément de copule, en: Jacques Derrida, Marges de la philosophie, París 1972, p. 209-246, quien “descontruye” esta diferencia a su manera.

Ni el análisis estructuralista ni el del acto del habla aplicados al derecho se han evidenciado hasta hoy como productivos.[51] Es claro que el jurisconsulto en lo que se refiere a la fonología, a la sintaxis, etcétera (y en esto se concentran los intereses de la lingüística) utiliza el lenguaje normal, matizado sólo con algunas expresiones particulares o con palabras que toman, en el discurso jurídico, un sentido divergente del usual. Si sólo se utilizara la perspectiva del lenguaje, no se llegaría nunca a comprender el discurso jurídico como "autónomo", o como un sistema operativamente clausurado -además de que el discurso jurídico se lleva a cabo en la sociedad. El problema consiste en que con frecuencia este discurso no se entiende cuando no se está específicamante preparado para ello. Y en este asunto no sólo está en juego la comprensión del sentido, sino también, y con mayor razón, la comprensión de la intención y de las consecuencias de determinadas comunicaciones.

Sólo el ir más allá del análisis teórico idiomático (lingüístico) en dirección de una teoría de la comunicación, abre a la teoría del derecho y a la sociología el acceso a los problemas que les interesan. De paso, esto relativiza la posible trascendencia entre estructuralistas y teóricos lingüistas: ambos, en la polémica, comprenden sólo aspectos parciales del fenómeno. En la comunicación no se puede prescindir ni de las operaciones comunicativas ni de las estructuras. Pero la comunicación misma no es reducible a la acción comunicativa. Abarca también la información y el acto de entender. Entre estructura y operación existe una relación circular, de tal suerte que las estructuras sólo se pueden crear y cambiar por medio de aquellas operaciones que, a su vez, se especifican mediante las estructuras. En estos dos aspectos la teoría de la sociedad considerada como un sistema operativamente clausurado, es la teoría más completa. Y si se entiende el sistema del derecho como un sistema parcial del sistema sociedad, entonces quedan excluidas tanto las pretensiones pragmáticas de dominio como también las estructuralistas.

Se puede dejar abierto el asunto de si una teoría que se aboca a cuestiones polémicas de teoría .

del derecho, de lingüística y de semiología, pueda aún ser afirmada como sociología o como sociología del derecho. Una sociología de este tipo trabaja tan fuertemente en el marco de los compromisos interdisciplinarios, que cualquier supeditación a una disciplina no tiene mayor significado. Lo decisivo más bien está en atreverse a dar los pasos hacia la abstracción, y para eso casi no hay estímulos en la sociología actual.

[51] Véase para la lingüística, la filosofía del lenguaje, etc., las documentaciones del simposio “Le langage du droit”, publicadas en los Archives de philosophie du droit 19 (1974).

CAPÍTULO 2
La clausura de operación del sistema de derecho

I

En la literatura de la teoría del derecho el contenido de este capítulo es tratado bajo el lema de “positividad”. El derecho en la sociedad moderna se describe a sí mismo como derecho positivo[52] -sobre todo después de la polémica de Bentham contra los abstrusos esfuerzos de fundamentación teórica por parte de la Common Law, y después de la polémica de la filosofía del derecho contra el intento (impracticable) de fundar los principios del derecho de manera teórico trascendental (Feuerbach, Hugo). Lo que sigue siendo discutible es únicamente si el derecho tal como rige, necesita una "legitimación" más allá de sí mismo. Su *status* interno permanece sin ser aclarado. Se puede, naturalmente, hacer un juicio político o moral sobre el derecho prevaleciente; pero en el sistema del derecho, el hecho de que junto al derecho positivo exista otro derecho, y que ése no fuera un derecho positivo, se tomaría en calidad de oposición, lo cual sería algo alarmante -la excepción la llevan a cabo los extremistas.

De tales preguntas se pueden ocupar las discusiones teóricas, nosotros volveremos sobre ellas en el capítulo relativo a las autodescripciones del sistema de derecho. El verdadero asunto del "positivismo del derecho" no está en el problema de la legitimación y tampoco, en primera línea, en la diferencia respecto al derecho natural o al derecho racional. Está más bien en que el concepto de positividad, desde el punto de vista teórico, no es suficiente. Puede ser que sea de alguna utilidad en el contexto de las teorías de reflexión del sistema de derecho, pero para una utilización científica le hace falta una suficiente capacidad de enlace.

El concepto de positividad se ayuda, para efectos de claridad, del concepto de decisión. El derecho positivo es válido en cuanto decisión. Esto hace que se le eche en cara su "decisionismo" en el sentido de una posibilidad de decisión arbitraria, dependiendo de la fuerza de imposición. Esto, sin embargo, conduce a un callejón sin salida, ya que todo mundo sabe que el derecho no puede nunca decidir de manera arbitraria. Algo, pues, no concuerda en este razonamiento, y nosotros tenemos la impresión de que la falla está situada precisamente en la insuficiencia del concepto de positividad.

---

[52] Véase ,sobre todo por su claridad, a Gustav Hugo, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des postiven Rechts, besonders des Privatrechts, 1798, Reimpr., Vaduz 1971. Véase también a Jürgen Blühdorn, "Kantianer" und Kant: Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht, Kant-Studien 64 (1973), p. 363-394.

En el contexto de la tradición del derecho natural, al derecho positivo se le describió, en realidad, como "arbitrario"[53]; pero esa designación se deja leer en el contexto de la distinción directriz entre derecho inmutable y derecho mutable. Cuando al derecho mutable se le caracteriza como arbitrario, esto sólo quiere decir que no se le puede fundamentar en el derecho inmutable (divino, natural), sino que ese derecho debe ajustarse al tiempo y a las situaciones, y justamente este esfuerzo de acomodación excluye que este tipo de derecho pueda ser arbitrario.[54] La distinción inmutable/mutable mantiene, con vigor, la preeminencia del derecho natural, pero de una manera tal que ya no puede sostenerse jurídicamente. Cuando la distinción derecho natural/derecho positivo ya no es válida y la inmutabilidad del derecho queda subsumida en el derecho positivo mediante el recurso a los procesos constitucionales, en verdad, ya no tiene lugar la garantía de inmutabilidad sostenida en la "naturaleza" inmutable del derecho. Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho estará a la deriva de la arbitrariedad, sino sólo: que el derecho tendrá a su disposición las facultades de regulación de su propia cambiabilidad.

Se puede preguntar qué es, pues, lo que con el concepto de positividad debe quedar excluido. Esto nos remite, en la historia, a la concepción de una arquitectura asegurada de manera jerárquica en la que el derecho es concebido como derecho natural y derecho divino, y que lo accidental está considerado como derecho positivo. Cuando ya no se echa mano de esta concepción, falta un contraconcepto para la positividad, y lo que queda es un descontento respecto a la descripción de tales relaciones, que no se pueden articular de manera satisfactoria.

Desde el siglo XVIII se distingue entre derecho y moral según se trate de una obligación externa o interna.[55] Esto podría hasta aceptarse, sin embargo no aporta nada a una teoría del derecho -a no ser la confirmación de que el derecho es derecho positivo y que puede ser enjuiciado moralmente (sin que necesariamente se sigan de allí efectos jurídicos). En el caso, sin embargo, de que la insuficiencia (teórica) deba estar contenida en el concepto de positividad, no ayuda para nada la distinción entre derecho positivo y moral, ya que esto sólo conduce a un debate en el que, por una parte, se debe aceptar la distinción entre derecho y moral y, por otra, no se puede aceptar.[56]

---

[53] Véase por ejemplo a Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 2a. edic., París 1679, Tomo I, p. LVI y ss.

[54] Así lo expresa literalmente David Hume, A Treatise of Human Nature, Tomo III, Parte II, Secc. I, citado según la edición de Everyman´s Library, Londres 1956, Vol 2, p. 190: "Though the rules of justice be *artificial* (a diferencia de lo natural), they are not *arbitrary*".

[55] Posiblemente esta versión del problema fue motivada por una recepción tardía en Alemania de la concepción occidental de naturaleza /y del derecho racional, en la que también se colocó al derecho natural del lado de una sanción externa, mientras que la ética se especializó en una teoría de la fundamentación de los juicios morales. Véase a Fritz von Hippel, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, Tubinga, 1957, pp. 42 y ss.; Werner Schneiders, Naturrecht und Liebesethik: Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius, Hildesheim 1971. Y sólo, cuando el derecho es tomado en este sentido "duro", puede aparecer como garante de la libertad subjetiva subsumiendo la libertad de escoger la propia moral, mientras el derecho no se oponga.

[56] Véase para la discusión actual a David Lyons, Ethics and the Rule of Law, Cambridge, Ingl., 1984; Otfried Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien: Ein Kontrapunkt der Moderne, Francfort, 1971. Salidas carentes de conceptuación lo ofrece la agudización del problema que se remite a preguntas específicas del derecho, por ejemplo a la interpretación constitucional del derecho o a

Cualquiera que sea el juicio respecto a los intentos que se han hecho para contextualizar el problema de la positivización del derecho, queda abierta la cuestión de si no se podría avanzar mejor, si la insuficiencia de la designación conceptual de la "positividad" no se formulara de otra manera. Nosotros lo intentaremos, a continuación, con la ayuda de medios sistémico teóricos. Por "sistema" no entendemos nosotros, como lo hacen muchos téoricos del derecho, un entramado congruente de reglas[57], sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción entre sistema y entorno.

El paso hacia una teoría de sistema/entorno exige la clarificación de una segunda distinción. Por lo general las teorías del derecho se remiten a estructuras jurídicas (reglas, normas, textos) que pueden ser clasificadas como derecho. Esto es válido sobre todo para la teorías del derecho positivo, por ejemplo para las "rules of recognition" en la teoría del derecho de Hart.[58] De aquí que la pregunta de qué es el derecho y qué no es, se plantea sólo en vistas de reglas específicas. Si se quiere, en cambio, experimentar con los estímulos contenidos en la teoría de sistemas, se debe operar una innovación y pensar en operaciones en vez de pensar en estructuras.[59] El punto de partida consiste, entonces, en reflexionar cómo las operaciones producen la diferencia entre sistema y entorno, y que esta diferencia requiera necesariamente de recursividad para que las operaciones puedan reconocer el tipo de operaciones que les pertenecen (y excluir las que no). Las estructuras, como enlazamientos altamente selectivos, son necesarias para que se lleven a cabo las operaciones, pero el derecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable, sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido específico del derecho. Adicionalmente partimos de que estas operaciones deben siempre pertenecer al sistema de derecho (y naturalmente que pueden ser observadas desde fuera). Esto y no otra cosa es lo que afirma la tesis de la clausura de operación. Si se quisiera ajustar la terminología, se podría también hablar de “constructivismo operacional”.

---

los derechos humanos. Pero en ello, por fijarse en la moral, está aparejada también la renuncia a la pregunta por la unidad de la unidad del derecho.

[57] Véase para esto (aunque contra la delimitación de entender sólo la Gestalt hablada de la regla y más bien fijándose en los efectos producidos en la conducta) a Werner Krawietz, Recht als Regelsystem, Wiesbaden 1984. Allí, sin embargo, es de pensarse que el derecho contiene un número ilimitado de textos que desde el punto de vista oral no fungen como reglas ni como imperativos -por ejemplo: pater est quem nuptiae demonstrant. (A propósito éste es un buen ejemplo para explicar la clausura del sistema de derecho, ya que evidentemente no se trata aquí del que mantiene y educa al niño, a quien normalmente se designaría como el padre).

[58] Cfr., H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961, Aunque esta *referencia* es clara, no se le ocurre a Hart, para el manejo de estas reglas, remitir por ejemplo a prácticas institucionales.

[59] Esto no es totalmente sorpresivo para la teoría del derecho. Melvin Aron Eisenberg en The Nature of Common Law, Cambridge, Mass. 1988, distingue, por ejemplo, entre teorías basadas en los textos y teorías generativas y opta (contra Hart y Raz) por la última versión.

II

En la teoría de sistemas es muy discutible qué es, en verdad, lo que se designa por sistema a diferencia del entorno. Si se quiere eludir la ley de la entropía de la termodinámica, todas las afirmaciones de la teoría de sistemas deben ser afirmaciones sobre la diferencia entre sistema y entorno, o cuando menos dichas afirmaciones deben partir de la forma de esta distinción. Para responder a esto la antigua teoría de sistemas propuso la forma de los "sistemas abiertos". El punto de acometida de esta tesis fue que, debido a la ley de la entropía, los sistemas que están cerrados frente a su entorno, poco a poco, se irían identificando con él. Por consiguiente, se desvanecerían al perder energía, dado que están determinados por la irreversibilidad termodinámica del calor. En cambio, para la construcción de complejidad, para la producción y sostenimiento de la neguentropía, era necesario un continuo intercambio con el entorno -ya se tratara de energía como tal, o de información. Descrito esto de manera un poco más formal: los sistemas, abiertos, transforman inputs en outputs según la medida de una función de transformación, que posibilita una ganancia tanto en favor de la propia conservación como de la preservación del nivel alcanzado de complejidad mediante evolución.

La actual teoría de los sistemas clausurados en su operación no contradice este entendimiento. Aunque, en la conceptuación, esta nueva teoría pone el acento en otros lugares (por ejemplo en lo que se refiere a la información).[60] Ya el modelo input/output había pensado que un sistema podía utilizar su output como input.[61]

El desarrollo posterior internaliza este peralte del feedback y explica por qué es necesario. El avance de teoría consiste en la afirmación de que para que el sistema construya su propia complejidad es necesaria la clausura de operación -frecuentemente esto se formula como condición para extraer “orden del ruido”.[62] De forma paradigmática se

---

[60] Francisco Varela va tan lejos que se atreve a presentar las descripciones de tipo-input y las descripciones de tipo-clausura, como dos “complementary modes of descriptions. Así en: Hans Ulrich/Gilbert J. B. Probst (comps.), Self-Organization and Managament of Social Systems: Insights, Promises, Doubts, and Questions, Berlín 1984, pp. 25-32. Véase también de él: L´auto-organisation: De l´apparence au mécanisme en: Paul Dumouche/Jean-Pierre Dupuy (comp.), L´auto-organisation: De la physique au politique, París 1983, pp. 147-164. Nosotros partimos del supuesto de que estos dos tipos de descripciones no son equivalentes, sino que las descripciones del tipo input/output deben presuponer clausura operativa, porque si no, les faltaría el portador de la función de transformación. Sólo en muy pocos casos los tipos input/output son adecuados, y de ninguna manera para el caso del sistema del derecho, porque deben presuponer una alta especificación de las interdependencias con respecto al entorno.

[61] También en la aplicación al sistema de derecho. Véase sobre todo a Jay a. Sigler, A Cybernetic Model of the Judicial System, Temple Law Quarterly 41 (1968), p. 398-428. Véase también en calidad de texto introductorio de él también: An Introduction to the Legal System, Homewood I11. 1968. Algo más lejano en el tiempo a Charles D. Raab, Suggestions for a Cybernetic Approach to Sociological Jurisprudence, Journal of Legal Education 17 (1965), p. 397-411; Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970, sobre todo pp. 76 y ss.; William J. Chambliss/Robert B. Seidman, Law, Order, and Power, Reading Mass. 1971; y bajo el punto de vista de un subsistema del sistema político véase a Glendon Schubert, Judicial Policy Making, 2a. ed., I11., 1974, p. 138 y ss.

[62] En referencia a Heinz von Foerster, On Self-organizing Systems and Their Environments, en: Marshall C. Yovits/Scott Cameron (comps.), Self-organizing Systems: Proceedings of an Interdisciplinary Conference 5 and 6 May 1959, Oxford 1960, p. 31-50.

señala al cerebro como ejemplo de este modo de proceder. Una fundamentación un poco más teórica debiera ser: rebasar un cantidad mínima de elementos en dirección de su diferenciabilidad, es sólo posible cuando se renuncia a que cada uno de los elementos quede enlazado con cada uno de todos los otros. Esto supone una selección de la enlazabilidad que se practique[63] y la necesidad de recurrir a una condicionalización interna de la selección de los elementos. Sólo el enlace selectivo "cualifica a los elementos", y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación.

También la teoría de los sistemas clausurados en su operación es una teoría de la distinción entre sistema y entorno. La cerradura no deberá entenderse como aislamiento. Esta teoría no discute que existan relaciones causales entre el sistema y el entorno (aunque las afirma a su manera) y que las interdependencias causales sean necesarias estructuralmente para el sistema. Piénsese sólo en las complejas condiciones físicas altamente selectivas de la vida sobre la tierra. Sería absurdo ir hacia atrás después de estas intelecciones cotidianas. En la Teoría de sistemas se ha aclarado desde hace mucho, que la apertura (dependencia del entorno) sobre la base de la materia o de la energía no contradice la tesis de la cerradura informática o semántica.[64] Nosotros hacemos expresamente la distinción entre aislamiento causal (*isolation*) y clausura operativa. La teoría de la clausura operativa del sistema hace abstracción, en la definición de su objeto, de las relaciones causales entre sistema y entorno.

Para esto es necesario, primero, aclarar qué es lo que debe observarse (aunque se pretenda investigar las interdependencias entre sistema y entorno). Como sistema operativamente clausurado deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos.[65] Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo, para poner en marcha mediante operaciones suyas su propia reproducción en el tiempo; o con otras palabras: el sistema produce operaciones

---

[63] Las posibilidades no contempladas se *potencializarán* para usar una expresión de Yves Barel, Le pardoxe et le système: Essai sur le fantastique social, 2a. ed., Grenoble 1989. p. 71. Esto significa: En el estado de las puras posibilidades el sistema supone otras combinaciones como condición de su posibilidad y, en caso dado, puede traerlas de la inactualidad a la actualidad mediante operaciones -lo cual es condición del cambio de estructuras en la evolución. Con otras palabras: El sistema tiene la capacidad de recordar incluso aquello que ya ha desechado.

[64] Véase, por ejemplo, a Gerhard Roth, Die Konstitution von Bedeutung im Gehirn, en: Siegfried J. Schmidt (comp.), Gedächtnis: Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung, Francfort 1991, pp. 360-370.

[65] Obsérvese que el concepto de producción *nunca* presupone el control de *determinadas* causas de lo producido. Por ejemplo para efectuar una fotografía -digamos de la torre Eiffel- lo más importante es la torre. Sólo la torre es necesaria en el sentido de que tanto la cámara fotográfica como el fotógrafo pueden ser cambiados. Por tanto, la causa más importante está colocada fuera del proceso de producción. El concepto de producción designa únicamente la necesaria divergencia para la producción y mantenimiento - divergencia necesaria para cada caso que se trate. Una característica típica también lo constituye la *disponibilidad en el sistema*. Sólo cuando de manera paralela se asegura que la disponibilidad en el sistema se produce por el mismo sistema, se puede hablar en sentido estricto de sistema autopoiético. Pero esto no es sino algo colateral, por tanto delimitaciones, que no cambian para nada el hecho de que ningún sistema puede controlar todas las causas, sino sólo aquellas que la misma autopoiesis sugiere. Por consiguiente la reproducción autopoiética es siempre reproducción de los *límites* del sistema, que separan precisamente las causas externas de las internas.

propias anticipando y recurriendo a operaciones propias y, de esta manera, determina qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno.

La innovación que introduce el concepto de autopoiesis es que transporta la representación de la constitución autorreferencial y la lleva al nivel de las operaciones más elementales del sistema (que para el sistema ya no admiten más disolución) y, con ello, para todo lo que en el sistema opera como unidad. No se trata, por consiguiente, de una pura autoorganización en el sentido de determinaciones y cambios de las propias estructuras, y tampoco simplemente de autonomía en el sentido del antiguo concepto de autorregulación. El concepto de autopoiesis aporta nueva luz a un antiguo problema, a saber, la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de norma y acción o a la de regla y decisión.

Lo que es desconcertante en el concepto de autopoiesis -y esto daría pie a una discusión crítica- es que el efecto revolucionario del concepto se encuentra en una relación inversamente proporcional a su valor de aclaración. El concepto lo único que afirma es que en el sistema sólo existen los elementos y las estructuras en la medida en que se mantiene constante la autoposieis. La autopoiesis, por consiguiente, no dice nada sobre el tipo de estructuras que deban llevarse a cabo en los efectos mutuos de los acoplamientos estructurales entre sistema y entorno. La autopoiesis por tanto está presupuesta como una “invariable”. Es la misma para toda clase de vida y toda clase de comunicaciones. Y si el sistema de derecho es un sistema autopoiético de tipo peculiar, esto es válido para cada una de las ordenaciones del derecho, con tal de que estén referidas a un código -código al que se subordinan todas las operaciones del sistema. Pero la autopoiesis no sirve para aclarar qué programas normativos son los que se construirán en el sistema.[66]

Si el punto de partida de la reflexión lo constituyen las operaciones autoproducidas, entonces se sigue que todo lo que sucede, acontece en el presente. Esto significa también: todo lo que acontece, sucede de manera simultánea. Tanto el pasado como el futuro son contemporáneos y relevantes, sólo, en la simultaneidad. Pasado y futuro son horizontes de tiempo de cada una de las operaciones y pueden sólo como tales ser distinguidos en el presente. Su enlace recursivo se produce únicamente en cada una de las operaciones actuales. De aquí que las estructuras, para eso necesarias, son asimismo actuales en su utilización -y si no, no. El sistema se mueve así con ayuda de las estructuras de operación en operación -y esto de muchas maneras de realización que se llevan a cabo simultáneamente.

Lo mismo es válido para cada una de las observaciones de este estado de cosas, y en verdad, tanto para las observaciones externas como para las internas. Puesto que las observaciones son operaciones, un observador observa sólo cuando observa (y cuando no,

[66] Les doy la razón a todos los críticos que subrayan que el concepto de autopoiesis no aclara nada de manera empírica. Pero esto se puede decir de *todos* los conceptos, también incluso del concepto de acción. El sentido de estos cambios decisivos conceptuales está situado en el esfuerzo de concordancia que se tiene que ejercer para acomodarlos en un contexto de teoría. De esta manera son las teorías las que deben juzgarse por su referencia a la realidad.

no). El puede distinguir estructuras constantes de operaciones del tipo acontecimientos, como se distingue lo inmóvil de lo móvil -pero sólo cuando el observador observa puede registrar cambios en las estructuras. El observador es pues un sistema atado al tiempo, y sobre todo atado al tiempo que él en el presente construye mediante distinciones propias que introduce como horizonte de su observación.

No hay ninguna excepción: ni para la ciencia, ni para el sistema de derecho. La pregunta por la constancia, por la duración de la validez y los cambios de las normas alude a un fenómeno secundario. Y esto es también válido para la siguiente pregunta: ¿en qué medida el sistema del derecho en su autopoiesis -y con ello en su estabilidad dinámica- es independiente de un cambio permanente en sus estructuras, por tanto que sobrevive al cambio de estructuras y que incluso puede utilizar dichos cambios para sacar adelante su autopoiesis? También esta pregunta se decide de momento a momento (y no mediante la elección de una estructura para siempre), y además con una seguridad típica que no duda acerca de si podrá seguir hacia adelante. Las correspondientes inseguridades que deben ser conservadas en los límites de lo tolerable tienen que ver con el *cómo*.

Los valores de realidad tienen estructura únicamente cuando se utilizan para enlazar acontecimientos comunicativos: las normas sólo cuando se las cita explícita o implícitamente; las expectativas sólo cuando se expresan en la comunicación. La primera y enorme capacidad de adaptación del sistema consiste en olvidar el zanjamiento de la diferencias, por consiguiente en la no utilización de las expectativas dadas por las estructuras; de aquí que el descubrimiento de la escritura significara una irritación inmensa. En cuanto la escritura es utilizada y se le fija en textos, el sistema se encuentra aferrado a su propia memoria. Olvidar será algo que se vuelva más difícil, y habrá que contar con la permanente referencia a normas que, por accidente, han sido dejadas de lado. Se llega así a la reconocible animosidad del medio evo y de la temprana modernidad en contra de la forma escrita,[67] y al mismo tiempo al desarrollo de una habilidad compensatoria, que reaccionan a los nuevos problemas, a saber 1) al desarrollo de la doctrina del derecho y la habilidad profesional para ocuparse eventualmente de los textos -para el caso de los casos; y 2) el aceptar los cambios en las normas que, mediante un proceso adecuado, se introducen en el sistema mismo -lo que se tendrá como un equivalente funcional del olvido.

Esto no cambia para nada el entendimiento fundamental de que el sistema adquiere actualidad en la operación, que sólo acontece lo que acontece y que, tanto en el sistema como en el entorno, todo lo que sucede, acontece simultáneamente.

Si se quiere llevar adelante un programa auspiciado por la teoría de sistemas, se tiene que llegar a precisar la operación que conduce a la reproducción autopoiética. En el campo de la biología por razones de las investigaciones bioquímicas se puede presuponer un consenso -aunque muchos biólogos consideran que el concepto de autopoiesis es trivial,

[67] Véase a Peter Goodrich, Literacy and the Language of the Early Common Law, Journal of Law and Society 13 (1987), p. 422-44. Véase, también de él mismo y tratado de manera más exhaustiva, Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks, Londres 1990.

ya que lo que ofrece es sólo una palabra, y que eso se puede describir mucho más exactamente con el modo de operación.[68]

Para una teoría de los sistemas sociales no se puede contar con un tal consenso, y esto sobre todo es válido para describir el sistema de derecho como un sistema social autopoiético, clausurado en su operación. En ese sentido, la ciencia del derecho en cuanto ciencia de los textos no tiene ninguna necesidad de explicación. La sociología del derecho se conforma la mayor parte del tiempo con un concepto vago de la acción o del comportamiento (behaviour) y llena los contenidos específicos del derecho al considerar las representaciones y las intenciones del que actúa, el "sentido mentado" (gemeinten Sinn de Max Weber) de la acción. Para nosotros esto no basta. No discutimos que existan operaciones de tipo psíquico equivalentes a las operaciones sociales del derecho y que se puedan investigar en modo empírico (con la conocida falta de confiabilidad). Pero aquel que se orienta conscientemente al derecho, debe saber de qué sentido se trata. Debe remitirse a un sistema social de derecho ya constituido o a los sedimentos textuales de este sistema. La respuesta a la pregunta: ¿qué operaciones son las que producen al derecho como derecho?, debe quedar presupuesta. Los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: "en la oscura interioridad de los pensamientos".[69] Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como una parte o como componentes internos del sistema de derecho.[70]

---

[68] En vistas de una permanente crítica acerca de la "recepción" de este concepto se debe repetir, una y otra vez, que la utilizición del concepto de autopoiesis no se argumenta echando mano de una analogía ni mucho menos se trata de algo meramente metafórico. Este malentendido se lee en Hubert Rottleuthner, Biological Metaphorse in Legal Thought en: Gunther Teubner (comp.), Autopoietic Law: A new approach to Law and Society, Berlín 1988, pp. 97-127. Véase también a Klaus von Beyme, Ein Paradigmawechsel aus dem Geist der Naturwissenschaften: Die Theorien der Selbssteuerung von Systemen (Autopoiesis), Journal für Sozialforschung 31 (1991), pp. 3-24; y como contracrítica véase a Walter Kargl, Kritik der rechtsoziologischen Autopoiese-Kritik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 12 (1991), pp. 120-141. Pero para nosotros es totalmente indiferente que el concepto pueda o no aplicarse a los sistemas vivientes. Tampoco significa una objeción cuando se dice que el uso del concepto de autopoiesis falsea el concepto original introducido por Maturana y por Varela. (Así por ejemplo Ulrich Druwe, Recht als autopoietisches System: Zur Kritik des reflexiven Rechtskonstrukts, Jahresschrift für Rechtpolitologie 4 (1990), pp. 103-120). De un crítico se debería exigir por lo menos que pueda distinguir entre lo abstracto del concepto y su materialización cuando se le aplica a las operaciones bioquímicas o comunicativas. En el contexto sociológico se trata únicamente de si el concepto de autopoiesis conduce a la formulación de hipótesis que resulten fértiles científicamente -lo que incluye fertilidad empírica. Así ve también el problema Richard Lempert, The Autonomy of Law: Two Visions Compared en Teubner, op. cit., pp. 152-190.

[69] Vorlesungen über die Ästhetik, Vol. I, Citado según Obras, Tomo 13, Francfort 1973, p. 18.

[70] Este punto es francamente controvertido. Véase, por ejemplo, a Christophe Grzegorczyk, Système juridique et realité: Discussion de la théorie autopoiétique du droit, en: Paul Amselek/Christophe Grzegorczyk (comps.), Controverse autour de l´ontologie du droit, París 1989, pp. 179-209; Arthur J. Jacobson, Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann, Michigan Law Review 87 (1989), pp. 1647-1689; Alan Wolfe, Sociological Theory in the Absence of People: The Limits of Luhmann´s Systems Theory, Cardozo Law Review 13 (1992), pp. 1745-1761. Desgraciadamente los críticos se limitan a blandir el argumento trivial de que el concepto de cerradura autopoiética no acontece sin el ser humano. Pero esto no decide todavía sobre el hecho de si los seres humanos concretos son componentes que forman parte del sistema de derecho -posición, por lo demás, insólita- o si no más bien pertenencen a las condiciones del entorno. Jacobson, op. cit., a propósito, se traiciona ya que afirma que en relación al "individuo" no se piensa en el sistema viviente y psíquico del hombre. "Individuals figure in the common law only in the character they display through interaction oriented toward the values expressed in prior aplications of norms. The individuals applying normns may have hosts of attitudes (personality, emotion) toward the aplication. The attitudes do not matter:

Los sistemas autopoiéticos están atados a su tipo de operación, tanto en lo que concierne a la producción de sus operaciones como en lo referente a la construcción de sus estructuras. No hay, dicho de otra manera, ninguna "diversidad esencial" o "diversidad material" entre operación y estructura. Ya en el proceso de la vida de la célula las enzimas son datos, factores de producción y programas. En el sistema de la sociedad esto es válido para el lenguaje. Una descripción del sistema de derecho no puede partir de que las normas son de una cualidad y sustancia distinta a las comunicaciones (aunque más tarde distinguiremos entre código y programas). Las comunicaciones jurídicas tienen, siempre, como operaciones del sistema del derecho una doble función: ser factores de producción y ser conservadores de las estructuras. Estas comunicaciones establecen condiciones de enlace para operaciones subsiguientes y con ello confirman o modifican, a la vez, las estructuras dadas. De esta manera los sistemas autopoiéticos son siempre sistemas históricos, que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen lo hacen por primera y por última vez. Toda repetición es cuestión de una fijación artificial. Y son históricos también en el sentido de que deben sus estructuras a las secuencia de sus operaciones y con ello evolucionan en dirección de la bifurcación o la diversificación.[71] Se puede, como observador, distinguir entre determinación de estado y selección de la estructura, pero éstas no se pueden dividir desde el punto de vista operativo. La operación tiene su unidad como un elemento autopoiético y precisamente porque sirve a esos dos procesos fenoménicos.

Por eso el concepto de operación adquiere mayor atención que de costumbre. Desde el punto de vista temporal las operaciones son acontecimientos, por tanto actualización de posibilidades de sentido: en cuanto acontecen se desvanecen. Como acontecimientos, las operaciones no tiene ninguna duración, aunque para observarlas se haga necesario una duración mínima (por ejemplo: el tiempo que se lleva la proclamación de una sentencia). No pueden, dado que no tienen ninguna duración, experimentar ningún cambio. Toda durabilidad (y por consiguiente todo cambio), toda estructura, debe ser producida en el sistema, y esto mediante la operación de la que dispone el sistema. No hay, con otras palabras, ninguna determinación estructural que provenga de fuera. Sólo el derecho puede decir lo que es derecho. En ello la producción de estructuras es un asunto

---

only the *display* of character in interaction matters" (p. 1684) .Con esto no puede uno más que estar de acuerdo. Pero este concepto enjuto de individualidad no es, sin embargo, otra cosa que el concepto de persona, a saber, un conjunto selectivo de caracterísiticas producidas por la comunicación. Por consiguiente algo que no podría aclararse por la acción. Justamente la teoría de los sistemas autopoiéticos, a diferencia de las teorías humanistas, toma al individuo muy seriamente: "taking inividuals seriously", se prodría escribir.

[71] La determinación está en el sistema mismo y no en el concepto de autopoiesis. Los críticos citados anteriormente se concentran en el concepto de autopoiesis y le echan en cara a la teoría autopoiética una falta de poder explicativo, por ejemplo, Walter L. Bühl, Sozialer Wandel im Ungleichgewicht: Zyklen, Fluktuationen, Katastrophen, Stuttgart 1990, pp 189 y ss; de él también, Politische Grenzen der Autopoiese sozialer Systeme en: Hans Rudi Fischer (comp.), Autopoiesis: Eine Theorie im Brennpunkt der Kritik, Heildelberg 1991, pp. 201-225. El punto estriba precisamente en que no se puede concluir del concepto al movimiento, como en Hegel. La teoría de la autopoiesis lo que afirma es que sin clausura de operación no podría darse la autodeterminación -nada más, ni nada menos.

circular ya que las operaciones para poder referirse recursivamente a otras operaciones necesitan construir estructuras. No sólo la producción de operaciones mediante operaciones, sino también, y sobre todo, la condensación y la confirmación de estructuras mediante operaciones que se orientan a tales estructuras, es la realización de la autopoiesis. Bajo este punto de vista nosotros veremos al sistema de derecho con un sistema que se determina a sí mismo.

Desde el punto de vista objetual se pueden describir las operaciones como la producción de una diferencia. Algo se vuelve distinto después de una operación y, mediante la operación, ese algo es distinto que sin ella. Piénsese por ejemplo en la manifestación de una inconformidad en el juzgado, o simplemente el interponer una pregunta jurídica en relación a la vida ordinaria. Es en este efecto discriminatorio de la operación -que se lleva al cabo en una duración y un enlazamiento recursivo de las consecuencias de una operación-, que se produce la diferencia entre sistema y entorno; o como nosotros diremos: que un sistema se diferencia. Esto se debe conceptualizar como un acontecimiento puramente fáctico -independientemente de la pregunta de quién observa este acontecimiento y con ayuda de qué distinción se observa y describe. Una operación puede ser observada y descrita de muy diversas maneras: la puesta de una querella entenderla como una afrenta, como la bienvenida razón para romper definitivamente una relación social, como una ocasión jurídica, como unidad en el contexto de un conteo estadístico, como ocasión de registro para que quede anexada a un acta... Cuando se quiera saber cómo una operación se observa, se debe observar al observador.

Debido a esta pluralidad de distinciones -y observaciones- debemos distinguir entre operación y observación. A pesar de esto también la observación es una operación, y también es válido para ella todo lo que concierne a una operación.[72] La observación produce como operación un nuevo estado en el sistema. También aporta algo a la autopoiesis y con ello al proceso de diferenciación del sistema. Más allá, debemos contar con estados de cosas en los que la operación basal del sistema implica una observación, esto es: sin que acontezca una autoobservación simultánea no puede acontecer nada. En un caso tal el esquema de observación no se puede escoger arbitrariamente, sino que está predado por la típica de la operación. Así la comunicación sólo se lleva en cabo cuando en la realización de la operación se distingue entre información, acto de comunicar y acto de entender, y el proceso mismo de la comunicación decide a cuál de estos tres componentes se enlazará en el momento siguiente.[73]

---

[72] Una teoría que trabaja con la distinción entre operación y observación es una teoría “autológica”. Esto significa: efectúa una descripción que tanto como operación que como descripción tiene que ver consigo misma, y por consiguiente, es a partir de sí misma que puede efectuar su verificación o cuando menos que no puede contradecirse mediante la denegación de sí misma.

[73] Es evidente que con esto no quedan excluídas otras posibilidades de observación -por ejemplo la que se fija en el acento con el que se habla. Pero estas observaciones no son imperiosamente necesarias para la autopoiesis, sino simplemente posibilidades de la autopoieis.

Si se añaden otras consideraciones, un sistema clausurado en su operación puede ser descrito también como un sistema autorreferencial. En este lenguaje, la referencia debe ser entendida como descripción, como descripción en el contexto de una distinción de otras posibilidades (siempre capaces de referencia). En esta medida la autorreferencia implica heterorreferencia, y al revés. El sistema que se alza a sí mismo mediante una discriminación operativa (y con esto se hace observable), se describe a sí mismo como algo distinto del entorno y con esto se incluye -como se puede claramente ver-, en la observación. La observación misma permanece como una operación del sistema (de otra manera se trataría de una observación externa), que en el momento de su realización sólo discrimina en la medida en que utiliza ésta y no otra distinción. Como operación, la observación con ayuda de la autorreferencia y heterorreferencia es ciega, ya que en la realización de la distinción y la descripción, la distinción utilizada no se puede distinguir ni describir como distinta a otra distinción.

Los conceptos observación y autorreferencia se implican mutuamente. Ya que por un lado, un observador sólo puede observar cuando puede distinguirse respecto de sus instrumentos de observación y de sus distinciones y descripciones, por tanto cuando él no se confunde permanentemente con sus objetos. Y por otra parte la autorreferencia es necesaria justamente para eso. Louis Kauffman formula esto con acierto: " At least a distinction is involved in the presence of self-reference. The self appears, and an indication of that self can be seen as separate from the self. Any distinction involves the self-reference of the one who distinguishes. Therefore, self-reference and the idea of distinction are inseparable (hence conceptually identical)."[74]Con todo, los conceptos de observación y autorreferencia ganan distintas formas en cuanto se los distingue de sus conceptos opuestos. Observar se distingue de describir (*distinction* de *indication*) y autorreferencia de heterorreferencia. Con esta operación de la distinción de cada uno de los otros lados de la forma se distinguen también los conceptos y nosotros podemos designar con los conceptos de observación y de autorreferencia cosas distintas. El sistema del derecho es un sistema cuya operación esta ligada a la autoobservación, un sistema que observa la diferencia entre sistema y entorno y que la reproduce mediante su operación y que la vuelve a introducir en el sistema, con la ayuda de la distinción entre sistema (autorreferencia) y entorno (heterorreferencia). Cada observación externa y descripción de este sistema debe observar que el sistema mismo dispone de la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia.

Todavía debe tomarse en consideración que la autorreferencia describe siempre al sistema como *objeto,* y no como *concepto.* Con esto lo que se quiere decir es que el sistema se tiene como diferente de todo lo demás y no sólo de algunas cosas específicas. Esto se corresponde con la relación indeterminada con el entono (y sólo determinable mediante una reducción de complejidad propia del sistema). El sistema se describe a sí mismo no sólo como sistema, como sistema social, como sistema de derecho a diferencia

---

[74] Así Louis Kauffman, Self-reference and recursive forms, Journal of Social and Biological Structures 10 (1987), pp. 53-72.

de otras entidades, sino como aquello que se autorrealiza en lo que se autodescribe, independientemente de lo que pueda suceder con esto.

Finalmente en el marco de estas disposiciones preparatorias hay que observar, que la autorreferencia se puede actualizar en distintas formas. Precisamente las operaciones basales de un sistema exigen el coefectuar la autorreferencia cuando están destinadas a la autoobservación. Un sistema que se confronta con un campo de posibilidades de enlace (nosotros diríamos que procesa sentido), debe distinguirse, en la confirmación de sus operación mediante sus propias operaciones, de lo otro. Un sistema social debe, en el transcurso de la efectuación de su autopoiesis, dejar que corra un proceso de reconocimiento que fija qué acontecimiento temprano o tardío debe contar como comunicación (y aquí específicamente como comunicación en el sistema) y *cuál no*. La distinción entre autorreferencia y heterorreferencia es en estos casos justamentente un logro de la autopoiesis misma, y esto quiere decir que el sistema, mirándolo de reojo, opera en un entorno existente simultáneamente y que no puede orientarse a sí mismo simplemente con una especie de control cibernético que se fija únicamente en los efectos de las propias operaciones que acontecen en el sistema.

De aquí se pueden distinguir formas altamente pretensiosas de autorreferencia, sobre todo aquellas que se refieren a la autodescripción del sistema. Así acontece la identificación del sistema como unidad y como descripción de sus peculiaridades -de su sentido, de su función...- pero todo esto en el sistema. Todo ello, precisamente como autodescripción, cuando sucede como operación en el sistema, acontece como una operación entre otras. Nosotros llamaremos a la justificación de este modelo o texto del sistema en el sistema, reflexión. Justamente por las disposiciones de esta teoría será fácil reconocer que autodescripciones de este tipo tienen un significado marginal y cuya relevancia varía conforme al proceso de diferenciación del sistema y de las formas de diferenciación (permitidas por la sociedad).

Se puede hablar de autopoiesis y de clausura operativa , cuando se presupone todo esto, cuando las operaciones se reproducen a sí mismas -y con ello al sistema- y que dejan ver determinadas características. Estas operaciones construyen *unidades emergentes*, que sólo pueden surgir gracias a la clausura operativa del sistema; como unidades logran su *propia reducción de complejidad* -tanto en lo que se refiere al entorno del sistema como al sistema mismo. En la facticidad de la realización está ya presupuesto que no todo lo que existe puede ser considerado. En lugar de esa relacionalidad completa entra, en su lugar, una relación selectiva que hace posible el acoplamiento y la reproducción de la red recursiva autopoiética.

III

Si, a partir de estas instrucciones, se quiere aprehender la especificidad del modo de operación autorreferencial del sistema del derecho, entonces salta a la vista una jerarquía de determinaciones.[75] Una teoría de corte operativo no puede aprehender la unidad del sistema jurídico como la unidad de un texto o la consistencia de un conjunto de textos, sino como un sistema social.[76] La operación mediante la cual el sistema se delimita frente a su entorno puede designarse como comunicación.[77] Con ello entonces el concepto de sociedad queda articulado de manera firme como el sistema omniabarcador de todas las comunicaciones en cuyo entorno no hay comunicación, sino sólo acontecimientos de otro tipo.

Esta disposición conceptual tiene consecuencias trascendentales. De acuerdo a ella todos los sistema sociales son una realización de la sociedad. El sistema jurídico, según esto, es también un sistema que pertenece a la sociedad y la realiza. Títulos como "Derecho y Sociedad"[78] remiten a dos objetos independientes: uno frente al otro. Por eso, deben ser reformulados conforme a la teoría de las distinciones. El sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo[79], es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, -en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, -en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes.

Como sistema social y como realización de la sociedad las operaciones del sistema jurídico tienen características que no solamente se cumplen en el sistema jurídico.[80] Esto es válido para todas las características de la comunicación, por ejemplo, para la actualización

---

[75] Los lectores, correspondientemente, deberán seleccionar sus objeciones de acuerdo a qué nivel desean atacar: si contra la teoría de los sistemas autopoiéticos como tal, si contra el concepto del sistema social definido por medio de la comunicación, si contra el concepto de sociedad o solamente contra la representación del sistema jurídico como un sistema autopoiético dentro de la sociedad.

[76]Así el concepto de sistema jurídico convencional con su respectiva tradición que se remonta hasta el principio del siglo XVII. Compárese por ejemplo, con Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz am Beispiel des deutschen Privatrechts, Berlín 1969, y, con realce de los valores como principios de la formación del sistema, Franz-Josef Peine, Das Recht als System, Berlín 1983. Conciliadoramente, y por ello falto de agudeza, Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie, Berlín 1988, p. 41: el sistema jurídico consistiría de “normas y actividades”.

[77]Para esto más de cerca Niklas Luhmann, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Francfort 1984, p. 191 y ss (En castellano: Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, Anthropos, Pontificia Universidad Javeriana, U. Iberoamericana, Barcelona, 1998, Capítulos 4 y 5).

[78]Véase, por ejemplo, a Stig Jorgensen, Recht und Gesellschaft, Göttingen 1971.

[79]Cf., Capítulo I, V.

[80]Esto acontece de otra manera, para aclararlo, en el caso del sistema social. La comunicación solamente existe como ejecución de la sociedad, solamente como recurso recursivo sobre otras comunicaciones del sistema de la sociedad, y no existe nada parecido en el entorno del sistema (esto presupone que se comprende la comunicación entre los animales de otra manera: ciertamente no como actualización del sentido y tampoco como capaz de conexión social). Gunther Teubner, en “L’ouvert s’appuye sur le fermé”: Questioni aperte intorno all’apertura dei sistemi chiusi, Iride 6 (1991), p. 248-252, remarca con razón, que la diferencia fundamental, aquí, se encuentra entre la clausura de operación del sistema sociedad y la clausura de los sistemas parciales. Sólo que yo no iría tan lejos en las consecuencias que resultan de esta diferencia.

del sentido y para la posibilidad de comprender la diferencia entre acción comunicativa e información. Esto es también válido, sobre todo, para el mecanismo de concentrar la atención por medio del lenguaje en el acoplamiento estructural entre comunicación y conciencia.[81] En tanto el sistema jurídico utiliza el lenguaje para comunicar, presupone posibilidades de conexión fuera del sistema. La prensa puede informar sobre leyes y dictámenes nuevos. Las cuestiones jurídicas pueden ser objeto de conversaciones habituales. Por cierto el sistema jurídico no puede hablar, como sistema, con la sociedad; pero sus límites son transparentes para la comunicación. Por ello puede también comprender, aprovechar y procesar, ulteriormente, lo que en la sociedad se dice, sin que se tome en consideración el derecho. El derecho presupone simplemente que la comunicación funciona y que es entendida (o mal entendida) y que puede provocar aceptación o rechazo.

Sobre este trasfondo, se hace urgente la pregunta acerca de las características específicas de las operaciones jurídicas. Recordemos la necesidad, dictada por la teoría, de cumplir con requisitos de exactitud. La teoría de un sistema jurídico autopoiético, clausurado en su operación, depende de que esta pregunta se conteste en forma satisfactoria.

Las investigaciones venideras tendrán que ver, directa o indirectamente, con este asunto. Aquí se deben esbozar, a reserva de explicaciones más detalladas, únicamente los rasgos elementales dentro de su contexto. El punto de partida es una respuesta totalmente tautológica, formal, sin contenido. Este punto de partida afirma que todos los demás análisis se presentaran como un "desdoblamiento" de esta tautología (y no: como consecuencias lógicas derivadas de axiomas). "Desdoblamiento" significa aquí, siguiendo a Tarski y Löfgren: ruptura de la identidad (derecho es derecho) echando mano de distinciones -la unidad de la distinción misma (y no la distinción de lo distinguido) ocupa el lugar de la identidad.[82] Por lo pronto dejamos establecido: la diferenciación de un sistema jurídico operativamente clausurado se lleva a efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas con operaciones jurídicas. El sistema opera, como todo sistema autopoiético, en continuo contacto consigo mismo. Para calificar las operaciones propias como jurídicas, el sistema tiene que encontrar lo que hasta el último momento ha hecho (o lo que hará más adelante).

Esta versión, que para un observador aparece como tautológica, no es ningún problema en la práctica jurídica. La praxis se puede orientar por el derecho existente. Cuando se trata de modificaciones jurídicas, precisamente se admite como conocido y

---

[81]Para esto, también Niklas Luhmann, Wie ist Bewusstsein an Kommunikation beteiligt?, en: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Edit.), Materialität der Kommunikation, Francfort 1988, p. 884-905; de él mismo, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990, p. 11 y ss (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996, Capítulo 1).

[82]Compárese con Lars Löfgren, Unfoldement of Self-reference in Logic and Computer Science, en: Finn V. Jensen / Brien H. Mayoh / Karen K. Moller (Edit.), Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium, Aalborg 1979, p. 205-229. Comúnmente se piensa con este concepto en una diferenciación entre "niveles" jerárquicos o lingüísticos. Nuestro texto seguirá otras concepciones enclavadas más directamente en la teoría de sistemas.

determinable aquello que ha de ser modificado. Nunca la respuesta a tal pregunta es: ¡todo!. Ni con las "revoluciones". Por ello tampoco lo decisivo nunca es el principio, el retorno al surgimiento histórico del derecho. En el contexto de los mitos legitimatorios, i.e., de autodescripciones muy específicas, el origen del derecho pudo significar el rompimiento de la circularidad -por ejemplo, el obsequio divino de los diez mandamientos como orientación común de un sociedad tribal; o la introducción divina del Aerópago como la interrupción del círculo vicioso de una venganza que transforma justicia en injusticia. La praxis jurídica opera siempre en una situación de derecho históricamente dado, ya que de otra manera no podría en absoluto llegar a la idea de diferenciarse a sí misma como praxis jurídica. Correspondientemente no existe, desde la perspectiva histórica, ningún comienzo del derecho, sino únicamente situaciones en las que es suficientemente plausible que desde antiguo se procedía según normas jurídicas. Por esta razón no es ningún problema pensar la evolución del derecho como un sistema autopoiético. El tiempo necesario para ello es siempre una construcción que se efectúa sobre el trasfondo del tiempo: en el presente. En la perspectiva objetivizante de un historiador se puede preguntar en todo caso por las condiciones bajo las cuales una construcción así es verosímil. Por ejemplo, deben haber existido conflictos en los que el vencedor pudo considerar la victoria como derecho y, por ello, como algo que vinculaba el futuro. O para citar el afamado inicio de la segunda parte del Discours sur l´ origien et les fondemengs de l´inégalité parmi les hommes: "Le premier qui ayant eclos un terrain, s´avisa de dire, ceci est à moi, et trouva des genes assés simple pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile".[83]

En otro sentido el sistema jurídico es también una máquina histórica, puesto que cada operación autopoiética modifica el sistema: coloca la máquina en otra posición y por ello crea condiciones de salida modificadas por las operaciones inmediatamente anteriores. Por consiguiente, en la terminología de Heinz von Foerster, no se trata de una máquina trivial que transforma siempre de la misma manera inputs en outputs (cuando no comete errores o está descompuesta), sino de una máquina que pone en juego su estado en cada operación y, por esa causa, construye en cada momento operativo una nueva máquina.[84] Sólo sobre ese trasfondo se podría entender el sentido del postulado de que el sistema jurídico sería calculable, que podría trabajar como una máquina trivial y que podría ser ajustado artificialmente: por ejemplo, haciendo abstracción del tiempo.

Esta posibilidad de reconocer el derecho como derecho, aunque es suficiente para echar andar la administración de justicia como autopoieis social, sin embargo no basta para que el sistema jurídico se clausure; es decir: que remita exclusivamente al contacto consigo mismo. El derecho está inserto en órdenes sociales generales y es dependiente de estructuras que sirven para otras funciones (la de la familia, o la de la moral encubierta por

---

[83]Citado según Jean-Jacques Rousseau, Oeuvres complètes Vol. 3, éd. De la Pléiade, París 1964, p. 164.

[84]Véase a Heinz von Foerster, Principles of Self-Organization -In an Socio-Managerial Context, en: Hans Ulrich / Gilbert J. B. Probst (Edit.) Self-Organization und Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts, and Questions, Berlín 1984, p. 2-24 (8 y ss).

la religión). El derecho está determinado, sobre todo, por la estratificación y las diferencias radicales entre ciudad y campo. Los testimonios que nos han heredado las culturas antiguas permiten observar estas dependencias y un tipo de contra-movimiento. El rey o el tribunal de justicia estatal deben proteger a los pobres -cuando tienen razón-, frente a los ricos. En los pueblos se desconfía de la justicia citadina y se pone más confianza en la propia criminalística, en el conocimiento de las personas y en las presiones locales. En las ciudades apenas se encontrará a alguien que, a partir de relaciones de dependencia (economía familiar, relaciones clientelares) se queje contra el señor o testifique en su contra. La argumentación que ofrece Aristóteles en la que separa legislación de administración de justicia, da testimonio de la existencia de estas condiciones y simultáneamente de los esfuerzos para neutralizarlas. La administración de justicia se encuentra abandonada a las presiones sociales, a las amistades o enemistades del juez y de su familia. En el plano de la legislación apenas es posible tener en cuenta estas particularidades, pues difícilmente se pueden prever las situaciones futuras de la aplicación de la ley. Por ello tendría que haber legislación por un lado y vinculación del juez a la ley por otro.[85] La incorporación del derecho en las estructuras existentes de la sociedad sólo se pueden neutralizar con una diferenciación específicamente jurídica, y no mediante actos de autoridad del señor o mediante el condicionamiento religioso de la promesa de salvación. Lo que prueban tales impulsos críticos y predesarrollos semánticos es que la administración de justicia debe estar socialmente des-solidarizada. Pero ¿cómo puede ocurrir esto?

Primero, y por sobre todo, a través de que el derecho mismo reconozca las estructuras sociales dominantes y las copie en forma de diferenciaciones relevantes para el derecho. De esta manera, en la vieja Europa la nobleza no tenía solamente otra posición jurídica y otros derechos (sobre todo de tipo procesal), sino que prevalecía la regla general de que, en caso de duda ante situaciones poco claras en el proceso entre nobles y burgueses, habría que concederle la razón al noble.[86] Con el cambio de las estructuras sociales cambian también las formas en las que el orden jurídico, *desde sí mismo*, toma en consideración dichos cambios.[87] Estas formas reducen a tal grado la creciente complejidad de los isomorfismos y de las correspondencias punto por punto de las semánticas, que la referencia social se volverá sumamente abstracta y ya no será reconocible su fin regulativo. Aunque la forma de resolución permanece: el sistema jurídico se diferenciará para estar, por sí mismo, a la altura de las estructuras de la sociedad, con todos los problemas que

---

[85]Cfr., Rhetorik 1354 a 32-1354 b 15. Para la aceptación de este pensamiento en la alta edad Media compárese con Aegidius Columnae Romanus (Egidio Colonna), De regimine principum Parte II, Libro III, citado según la edición Rom 1607, Reimpresión Aalen 1967, p. 507 y ss. Más detalladamente en el capítulo 7, II.

[86]Estienne Pasquier, Les recherches de la France, París 1665, p. 577 y s., notifica un caso en el que el emperador dió título de nobleza a un burgués durante un proceso, para darle la razón contra el noble de la parte contraria. ¡En concordancia con el derecho vigente! Tan sólo: si tuviera uno en tales casos un emperador a la mano.

[87]Véase para ello mi ensayo, die Grundrechte im Hinblick auf die funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems zu interpretieren en: Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlín 1965.

acarrea la reconstrucción completa de las dependencias sociales mediante disposiciones internas del sistema jurídico.

Para la diferenciación y la clausura operativa del sistema del derecho se vuelven relevantes otros dos desarrollos que se estimulan mutuamente: 1) la especificación de la función del derecho, esto es, la orientación hacia un problema social específico, y 2) la codificación binaria del sistema que se lleva a cabo mediante un esquematismo que provee de un valor positivo (derecho) y de uno negativo (no derecho). Distinto a lo que pudiera suponer la teoría de la diferenciación y de la especificación funcional más antigua (orientada hacia las ventajas de la división del trabajo), no basta la orientación por la función. Y esto por razón de que el punto de referencia de la función demanda siempre buscar equivalentes funcionales; es decir: superar los límites del sistema. Esto se pone también de manifiesto por la circunstancia de que "la función del derecho" no desempeña ningún papel, como argumentación, en la praxis. En todo caso lo que se le acerca es el concepto jurídico-civil de "causa". Sin embargo "nomen et causa" fueron, en el derecho antiguo, sólo requisitos de justificación de la queja; y causa, actualmente, es sólo un punto de vista interpretativo de institutos jurídicos especiales. El derecho mismo no necesita ninguna causa. Si un jurista quiere reconocer si una comunicación pertenece o no al sistema jurídico, debe comprobar si dicha comunicación se ordena dentro de lo que conforme (o discrepante) con el derecho, por consiguiente si entra en el dominio del código del derecho. Sólo estos dos logros, función y código, tomados conjuntamente, producen el efecto de que se puedan diferenciar las operaciones específicamente jurídicas y que se puedan reproducir a partir de ellas mismas, con márgenes de error marginales.

En los siguientes dos capítulos haremos la presentación de estas dos adquisiciones. En este lugar nos contentaremos con una caracterización a grandes rasgos. La especificación de la función delimita aquello que entra en consideración como operación del sistema. La función se refiere a las operaciones del sistema y se le reconoce por el hecho de que las operaciones se orientan por las normas. La codificación binaria se refiere a una observación de las operaciones del sistema y se le reconoce por la circunstancia de que adjudica valores: conforme con el derecho/no conforme con el derecho. Esta diferenciación parece artificial, pero es una artificialidad que se origina dentro del sistema mismo: obsérvese la circularidad de la argumentación. Con la normatividad sólo se establece que determinadas expectativas, aunque no se cumplan, siguen siendo válidas como expectativas. En ello radica ya una directiva de diferenciación según el esquema expectativa/decepción. Hasta aquí, cada una de las operaciones del sistema jurídico es ya una observación orientada por la forma de la diferenciación. Las operaciones del sistema no aceptan lo que simplemente sucede. Con todo, únicamente la observación de esta observación, la valoración en concordancia con el esquema conforme a derecho/no conforme a derecho, es la que atribuye la intención obstinada y contrafáctica de las expectativas al derecho. Podemos decir también: La diferenciación de una sistema jurídico,

clausurado en su operación, presupone que el sistema opera en el nivel de la observación de segundo orden: no sólo ocasionalmente, sino siempre. Todas las operaciones, incluyendo la discriminación primaria y la discriminación de las decepciones de las expectativas, se controlan desde este nivel.[88] Lo que no se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo.

Cuando estas exigencias se cumplen, el sistema del derecho se establece como un sistema autopoiético. El sistema jurídico constituye y reproduce *unidades emergentes* (incluyéndose a sí mismo) que no existirían sin la unidad de operación. De esta manera, el sistema logra una reducción de complejidad independiente, una operación selectiva frente a posibilidades inmensas que, aunque no se tomen en cuenta, *no interrumpen la autopoiesis del sistema.*

Harold Berman reunió numerosas pruebas acerca de que la autonomía del sistema jurídico se efectuó en los siglos XI y XII, en la forma de una "revolución" del sistema jurídico global.[89] En la comparación universal, esto debería advertir sobre la "anomalía europea", en el sentido de lo inusual del derecho para la vida cotidiana y el desarrollo social de Europa.

IV

Siguiendo una propuesta de Francisco Varela se puede designar la unidad operativa de un sistema como "autonomía".[90] Gordon Pask corrobora: "Computing systems own their autonomy to computing their own boundaries".[91] En la discusión científica social esta conceptuación ha producido más bien confusiones.[92] Si conservamos el concepto de autopoiesis, y no simplemente lo apisonamos, es porque a pesar de estas confusiones, el concepto incita a reflexionar.

---

[88]Para el origen de esta forma de observación secundaria y todos sus contextos con el surgimiento de la lógica y de los procesos científicos de comprobación, véase a Yehuda Elkana, Das Experiment als Begriff zweiter Ordnung, Rechtshistorisches Journal 7 (1988), p. 244-271.

[89]Véase a Harold J. Berman, Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition, traducción al alemán, Francfort 1991.

[90]Véase a Francisco J. Varela, Principles of Biological Autonomy, Nueva York 1979, o de él mismo, On Being Autonomous: The Lessons of Natural History for Systems Therory, en: George J.Klir (Edit.), Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends, Nueva York 1978,p. 77-84.

[91]Así en: Developments in Conversation Theory: Actual and Potential Applications, en: George E. Lasker (Edit.), Applied Systems and Cybernetics III, Nueva York 1981, p.1326-1338 (1327).

[92]Váse para la continuación de la discusión a Richard Lempert ,The Autonomy of Law: Two Visions Compared, en: Gunther Teubner (editor) Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlín 1988, p.152-190; Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Francfort 1989, p.42 y ss.,87 y ss.: además a Richard Lempert/Joseph Sanders, An Invitation to Law and Social Science, Nueva York 1986, p.401 y ss. También entre partidarios de la tesis de la autopoiesis se critica frecuentemente la *selección de las palabras*. Ver,p.ej., Wolfram K. Köck, Autopoiese, Kognition und Komunikation: Einige kritische Bemerkungen zu Humberto R. Maturanas Bio-Epistemologie und ihren Konsequenzen, en: Volker Riegas/Christian Vetter (editores) Zur Biologie der Kognition,Francfort 1990, p.159-188(179). Sin embargo, corresponde precisamente al sentido originario de “nómos” como el resultado de una delimitación, de una distinción, y se debe mantener tan sólo libre de implicaciones causales.

Si se desea conservar la versión tradicional asociada al "nomos"[93], entonces la plusvalía de conocimiento que introduce el concepto de autopoiesis consiste en la tesis (otros dirían: la simple aseveración) de que las estructuras sólo pueden ser utilizadas o no utilizadas (recordadas u olvidadas) en cada caso. Autonomía, entonces, significa también: autolimitación. Vista así, la autonomía no tiene otro significado que ser consecuencia de la clausura operativa.[94]

Frente a esta posición la enseñanza tradicional de la ciencia jurídica no parte de operaciones, sino de personas. Según esto, la autonomía del sistema jurídico se encuentra asegurada por la independencia de los jueces y, eventualmente, de los abogados.[95] Independencia, pues, definida como libertad ante presiones externas, que se logra si no de una manera transcendental, sí gracias a que se pertenece a una organización en la que se tiene un puesto vitalicio y que está libre de consignas.[96] Nadie discutiría la importancia institucional y política de tales aseguramientos, no sólo a propósito de las experiencias de 1933, sino por lo que se ve en todo el mundo. En lo que toca a la autonomía del sistema jurídico, la política la puede afectar en estos puntos de acceso. Pero esto no dice nada sobre el concepto de autonomía -a final de cuentas no es el café lo que sabe mal, sino la sal que se le ha puesto en lugar de azúcar. La pregunta sigue siendo: qué es en realidad la autonomía, como para que haya que asegurarla frente a los peligros -en nuestro ejemplo el café, de tal suerte que sal y azúcar haya que mantenerlas en envases claramente distintos-.

Los sociólogos tienden a considerar la autonomía de las personas ante las presiones del entorno como un "mito" o una ideología.[97] Sin embargo, cuando se carece de explicaciones conceptuales se sale del atolladero, aludiendo al concepto -inútil- de

---

[93]Una tradición en la que, por lo demás, en los tiempos hasta Kant (y las preferencias de Kant por la metafórica jurídica son conocidas) el concepto había estado dominado por las interpretaciones jurídicas y políticas. Véanse las indicaciones en el artículo de R. Pohlmann, Autonomie, Historisches Wörterbuch der Philosophie Vol. I, Basel 1971, Sp. 701-719.

[94]Esto diverge también de Varela, quien define la autonomía como "the assertion of the system's identity through its internal functioning and selfregulation" (1978, p. 77). Esta transferencia del concepto hacia el nivel de la auto-observación y la auto-descripción (en vez de solamente: hacia el nivel de la producción de estructura) lleva a Jacques Miermont, Les conditions formelles de l'etat autonome, Revue internationale de systémique 3 (1989), p.295-314, a concebir la autonomía como producto de una imaginación del sistema: ella existe solamente como metarreferencia de la autorreferencia y de la heterorreferencia (pero ¿no sería suficiente, aquí, hablar sólo de identidad?). En nuestro texto siempre se pondrá énfasis, por el contrario, en una diferenciación entre operación y observación (como una operación de tipo especial).

[95]Véase para la relación abogado/ cliente por ejemplo, a John P. Heinz, The Power of Lawyers, Georgia Law Review 17 (1983), p. 891-911.

[96]Compárese para esto (sin permanecer muy apegado al tema, pero rico en material), a Joachim Rückert, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988. En concordancia Klaus Luig, Autonomie und Heteronomie des Rechts im 19. Jahrhundert, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung 107 (1990), p. 387-395. Rückert opina que en la autonomía se trataba de "la capacidad y la disponibilidad concreta (de personas en un contexto institucional, N. L.), de comportarse frente a lo existente crítica o acríticamente". En el lugar citado, p. 35. ¿Puede entonces el derecho por su propia voluntad rechazarse a sí mismo? ¿O no es más bien que bajo el título de autonomía del derecho, en absoluto se trata de la autonomía del derecho, sino solamente de un arreglo crítico social de los juristas, quienes se sirven para ello del derecho?

[97]De "receding bourgeois ideology of independence" habla por ejemplo, Magali Sarfatti Larson, The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis, Berkeley Cal. 1977, p. 177 y ss., para los médicos y los abogados. Véase también el capítulo 12 (p. 208 y ss) sobre "Monopolies of Competence and Bourgeois Ideology".

"autonomía relativa".[98] En la sociología es habitual un concepto gradualizado[99] de autonomía que, sin embargo, no ofrece ninguna indicación a las investigaciones empíricas (a no ser la cuestión de evitar absurdos). En la literatura reciente de la sociología del derecho se reacciona ante estas decepciones con planteamientos como el de "desviaciones estatales" u otros similares de proveniencia radical-marxista.[100] El derecho se vuelve relativamente autónomo debido a que la historia de las propias decisiones lo hace complejo.[101] Sin embargo esto no ha contribuido a la explicación del concepto de autonomía: el grado de la dependencia (o la independencia) permanece abierto. El resultado tampoco lo deciden las relaciones causales, ya que, visto desde una cierta distancia, a todas las operaciones internas corresponden causas externas: esta concepción destruiría el concepto. Entonces tampoco se puede hablar de "autonomía relativa", porque de este modo dependería del observador el que eligiera los efectos que corresponden a las causas. Por esta razón, preferimos un concepto de autonomía que se vuelve duro al introducir el término autopoiesis: o se da o no se da y no permite medias tintas. Por prevención habrá que añadir que afirmaciones del tipo "más o menos" no quedan excluidas. Aunque se deben introducir conceptualmente de otra manera: por ejemplo en relación a la complejidad del sistema que opera autopoiéticamente, clausurado en su operación y autónomo.

Si se observa con mayor detalle qué es aquello a lo que probablemente se alude con el concepto de "autonomía relativa", se puede uno apoyar en la formulación de Lempert. La autonomía relativa del derecho consistiría en "the degree o which the legal System looks to itself rather than to the standars of some external social, political or ethical system for guidance in making or applying law".[102] Esto puede ser interpretado en formas muy diversas. Lo que entiende Lempert por autonomía corresponde con nuestro entendimiento ya que "looks" es una operación interna. La pregunta, entonces, sería cómo el sistema jurídico lleva a un arreglo la cuestión de la autorreferencia y la de la heterorreferencia

---

[98]Yo refuto aquí también algunas formulaciones anteriores como no muy bien meditadas. Véase sobre todo a Lempert, en ibid., (1988) con la sorpresiva tesis de que el concepto de autonomía relativa, que no excluye nada, es especialmente adecuado para las investigaciones empíricas. Pero con este concepto se puede uno ahorrar la investigación empírica: siempre se encontrará confirmada esta variable. Acerca de la "autonomía relativa" (como trivialidad) véase también a Lawrence M. Friedman, Total Justice, Nueva York 1985, p. 27 y ss., quien recalca, sin embargo, que se trata en última instancia de un problema de definición que atañe a los límites del sistema.

[99]Cfr., tan sólo, Alvin W. Gouldner, Reciprocity and Autonomy in Functional Theory, en: Llewellyn Gross (Edit.), Symposium on Sociological Theory, Evanston Ill. 1959. p. 241-270; Fred E. Katz, Autonomy & Organizations: The Limits of Social Control, Nueva York 1968.

[100]Véase a Marc V. Thushnett, The American Law of Slavery, 1810-1860: Considerations of Humanity and Interest, Princeton 1981; en el mismo, American Law of Slavery 1810-1860: A Study in the Persistence of Legal Autonomy, Law and Society Review 10 (1985), p. 119-184; Isaac D. Balbus, Commodity Form and legal Form: A Essay on the "Relative Autonomy" of the Law, Law and Society Review 11 (1977), p. 571-588 (aquí tan sólo: autonomía en referencia a las preferencias de los actores individuales, no en referencia a las condiciones de la sociedad capitalista); Alan Stone, The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype, Law and Society Review 19 (1985), p. 39-67.

[101]Así Tushnet, en ibid., (1985) con la presentación de una transición dependiente que va de la argumentación analogizante hacia la conceptual.

[102]En el lugar citado, p. 159.

siempre implícitas. Nuestra tesis es que el sistema jurídico cuando considera importante algo del entorno no sólo considerado como hecho, sino también como "estándar", requiere de una legitimación interna. Lo veremos con detenimiento en el apartado VI.

V

Cuando se describe la unidad operativa, la autopoiesis y la autonomía del sistema jurídico de esta manera, ¿qué comunicaciones son las que se incluyen, es decir, dónde traza el sistema consecuentemente sus propios límites?

En la literatura sociológica que utiliza el concepto de sistema legal (legal System), es habitual que se piense sólo en el ejercicio legal organizado: tribunales, parlamentos y, eventualmente, en las administraciones que regulan las relaciones legales y los bufetes de abogados que canalizan los clientes hacia los tribunales. En el sistema legal se encuentran activos sólo los jurisconsultos[103]. El problema fundamental está en que cuando se habla de sistemas se piensa por lo común en que sus miembros son seres humanos, o cuando menos se piensa en roles. El ser atropellado no es ningún rol y no es un acontecimiento del sistema jurídico, aunque es claro que jurídicamente es relevante: tal vez alguien fue atropellado porque se sintió con derecho de cruzar la calle, siguiendo la líneas de demarcación reservada a los peatones y donde el auto debió parar. ¿Es este un acontecimiento que pertenece al sistema jurídico? ¿Son los contratos operaciones internas al sistema del derecho? ¿Pertenece al sistema jurídico el contrato que se hace equivocadamente, creyendo que sólo es válida la forma escrita? ¿Es una operación jurídica el que un criminal se oculte de la policía? ¿Un descubrimiento es un acto jurídico como para que se tenga que registrar como patente? Cuestiones de esta naturaleza surgen de la universalidad de la relevancia jurídica. Todos los comportamientos son o permitidos o prohibidos. Pero no por ello, todos los comportamientos son operaciones internas del sistema del derecho.

Se llega a tierra firme sólo si se recuerda que los sistemas sociales se componen de comunicaciones que recursivamente se refieren a otras comunicaciones y que, así, construyen su propio sentido y su propia capacidad de conexión. Para decir que existe una operación jurídica, debe existir por lo menos una comunicación y no meros comportamientos: por ejemplo, el peligro en un edificio que haga urgente que la policía lo ocupe; la presencia de borregos en las calles -censurada legalmente de forma distinta en Inglaterra que en Escocia-. Es evidente que no basta cualquier comunicación, ya que entonces el sistema jurídico se desvanecería en la total congruencia con la sociedad. No basta tampoco la pura utilización de palabras que contengan resabios legales: "la cuenta por favor", en el restaurante. Estos usos son solamente la manifestación de un aspecto del

---

[103]Con frecuencia sirve también el vago concepto de instituciones de derecho como apoyo. O, también, se da por conocido aquello de lo que se habla. O simplemente se reorienta el problema, como Lawrence Friedman, en The Legal System: A Social Science Perspective, Nueva York 1975, p. 1 y ss., para después rechazar cualquier definición.

derecho en la vida cotidiana o en otros sistemas que cumplen alguna función. Al sistema jurídico pertenece sólo la comunicación orientada por códigos, sólo aquella comunicación que firmemente adjudique los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. La razón es que sólo una comunicación de este tipo busca y afirma una integración recurrente en la red del sistema del derecho. Sólo una comunicación de esta naturaleza requiere del código como forma de apertura autopoiética, como necesidad de más comunicación en el sistema jurídico. Este tipo de comunicación puede ocurrir en la vida cotidiana a partir de los más diversos motivos. Un jefe de oficina le dice a la esposa de un empleado que ha venido a interceder por él para que se le ascienda: "no tengo el derecho de hablar con usted de asuntos relativos al servicio". Es claro que esto se lo dice únicamente para deshacerse de ella. Pero el que en esa contestación se mencione el derecho es sólo un motivo. La comunicación misma es, en nuestro entendimiento, solamente una comunicación que se lleva a cabo dentro del sistema del derecho. La propuesta de modificación del derecho se convertirá, tan pronto como se indique qué norma debe ser modificada, en comunicación dentro del sistema legal -no importa que parta de agrupaciones políticas, uniones o intereses de movimientos sociales-. Piénsese por ejemplo en los esfuerzos por modificar la prohibición del aborto, los afanes para que quede incluido en la Constitución un artículo que proteja el medio ambiente, o el asunto de los derechos humanos en los Estados Unidos.

Esta ampliación de lo que ha de incluirse en el concepto de sistema del derecho[104], tiene consecuencias importantes para la práctica de la investigación. Desde la perspectiva meramente cuantitativa el sistema jurídico opera extensamente fuera del núcleo interno profesional organizativo. En la cotidianidad del derecho dominan condiciones totalmente diferentes que aquellas que se verían a través de los ojos de un jurista. En esta cotidianidad se impone también la dureza del código (conforme con el derecho/no conforme con el derecho), de otro modo no se podría reconocer el derecho como derecho, -por más que después las personas muestren disponibilidad de llegar a un arreglo. Además se debe tomar en cuenta que el conocimiento jurídico no está ordenado en forma de parágrafos, sino sólo se puede aprehender y recordar dentro de contextos específicos. En ciertos medios ya se tiene experiencia sobre lo que se arregla con el derecho, y sobre los "trouble cases" que hay que evitar. Cada dueño de casa sabe que el trabajo doméstico puede tener algo del clandestino -independientemente de si esto tiene efectos legales como pago de impuestos o pago del seguro social; o simplemente debido a formalismos burocráticos. Además, por razón de la bivalencia del código en la cotidianidad el derecho se presenta como algo inseguro y no -como lo piensan los juristas: como portento de seguridad. Cada

[104]Véase para ello contundentemente, a Walter Kargl, en el lugar citado (1991), p. 134 y ss. Por otra parte, no puedo seguir a Kargl (en: Walter Kargl, Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesisbegriffs, Rechtstheorie 21 (1990), p. 352-373, cuando plantea que de esa manera, es decir reducido a política partidista, se socava el concepto de sistema político. Dejando fuera de consideración que puedan surgir en la política de partidos cuestionamientos legales se trata, como lo sabe cualquier experimentado, de una praxis -en el parlamento, en las principales locaciones de la burocracia administrativa, en la administración comunal-, que sería totalmente imposible si no se pudiera distinguir entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas.

comunicación efectuada en el sistema del derecho conduce rápidamente a la inseguridad: la consulta al abogado o la asistencia al tribunal manifiestan una seguridad condicionada, puesto que no es predecible definitivamente. Los procesos mismos se experimentarán (y todo lo que se hace lo confirma), como procesamiento de la incertidumbre. Sin embargo la representación jurídica reza: ausencia de prejuicios e imparcialidad del juez. En la cotidanidad extrajurídica, por consiguiente, no existe ningún tipo de relación orientado por la distinción caso/norma. En todo caso lo que existe son valoraciones de las experiencias del trato con el derecho y, sobre todo, experiencias que enseñan como evitar las inconveniencias correspondientes.

Sin embargo, todo esto debe ser comprendido como un hecho interno al sistema del derecho, ya que tanto la incertidumbre como el no poder prescindir de contactos específicos con el derecho, son consecuencias de la codificación binaria, y sólo se presentan así cuando se plantea la pregunta jurídica. La clausura operativa del sistema se confirma precisamente por el hecho de que existen diferentes perspectivas dentro del sistema y que por eso puede haber, en el interior, una observación organizada de los observadores. El sistema está, utilizando la expresión de Heinz von Foerster acerca de la motivación, "codificado indeferenciadamente"; O tal vez mejor: "indiferentemente codificado"[105]. No existe por lo tanto ningún input de comunicación jurídica en el sistema del derecho, porque no hay absolutamente ninguna comunicación jurídica fuera del sistema del derecho. Esta es una de las consecuencias de las transición de las *input type descriptions* hacia las *closure type descriptions* (Varela)[106]. Y, además, esta es una de las consecuencias de la tesis de que solamente el sistema del derecho puede originar su clausura, reproducir sus operaciones, definir sus límites: no existe ninguna otra instancia en la sociedad que pudiera determinar lo que es conforme (o discrepante) con el derecho.

Observado con exactitud: la referencia hacia el valor negativo (lo discrepante con el derecho) tiene el mismo efecto de subordinación que la referencia hacia el valor positivo (conforme con el derecho). Lo decisivo es que la comunicación se subordine a la regulación por parte del código. Y lo verdaderamente definitivo no es el hecho de las palabras, sino la comprensión del sentido al que se hace alusión.

La garantía de autoadjudicación de las operaciones al sistema y, con el ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquematismo binario que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código[107]. Con tal de que este código no bloquee cualquier utilización de otras

---

[105]Véanse las teorías del conocimiento y la auto-organización en: Siegfred J. Schmidt (Edit.), Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus, Francfort 1987, p. 133-158 (137 y ss).

[106] Cfr., nota de pie de página 9, en este mismo capítulo.

[107]Esto está dirigido contra las objeciones de Hubert Rottleuthner, A Purified Theory of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System, Law and Society Review 23 (1989), p. 779-797 (792 y s); Cualquier consentimiento de otras distinciones en el nivel de la codificación (como por ejemplo, permitido /prohibido, derecho vigente/no vigente) excluiría, mediante cualquier operación, una determinación clara de los límites, lo que provocaría confusiones. Parsons había señalado, por lo demás debido a motivos similares, las ventajas de tiempo que se obtienen con las esquematizaciones binarias en la construcción de los

distinciones. El que el código represente la unidad del sistema no está garantizado por la representación de una norma superior: esto terminaría en una regresión al infinito o, como todavía veremos, en una paradoja. El código mismo no es ninguna norma. No es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y atribución de la autopoiesis de la sociedad. Siempre que se hace referencia al derecho y al no-derecho, este tipo de comunicación se adjudica al sistema jurídico. La comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a ese código. El derecho de la sociedad se realiza en referencia a la efectuación de un código -y no sobre una regla (hipotética, categórica, razonable, fáctica).

El código, -conforme con el derecho/no conforme con el derecho-, solamente puede ser manejado en el plano de la observación de segundo orden, es decir, en el nivel de la observación de los observadores. Esta observación es indiferente respecto al hecho de si los observadores de primer orden -actores o víctimas-, clasifican su relación con el mundo de acuerdo al derecho o en desacuerdo a él. Si se imaginan que a ellos les asiste la justicia o que son víctimas, el observador de segundo orden puede juzgar eso mismo de otra manera. Y si en absoluto han pensado una referencia al derecho, el observador de segundo orden puede aplicar para ellos los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. A diferencia de la normatividad de las expectativas (indiscutiblemente indispensable en la operación) y a diferencia de las estructuras históricamente existentes, interpretables como derecho, el código tiene dos particularidades: es universalmente manipulable independientemente del contenido presente de cada comunicación, y posibilita la clausura del sistema por medio de la reformulación de su unidad como diferencia.

Procesar normativamente expectativas es posible también ocasionalmente. Este procesamiento busca consenso en la inmediatez de las descripciones de aquellos hechos que considera similares. Esto mismo es posible (y necesario) en el plano de la observación de segundo orden. Un sistema puede observar que otro se comporta normativamente respecto a ciertos hechos, por ejemplo, extraer la consecuencia de que en la propagación del alga marina haya que buscar y encontrar un culpable. Un observador de este observador puede sacar sus propias conclusiones: considerar como sospechosas políticamente (o al menos de llamar la atención) la multiplicación de este tipo de observaciones. Cada contexto le confiere una libertad de perspectiva al sistema. El sistema queda entreverado en la urdimbre en la que es observado por otros observadores (también los observados por él). Con todo, esto sólo conduce hacia la reproducción de la autopoiesis de la sociedad, pero no a la clausura de operación del sistema del derecho de la sociedad. *La clausura operativa del sistema del derecho en la sociedad se realiza únicamente en el nivel de segundo orden y sólo a través de un esquematismo que puede ser manejado exclusivamente en este nivel.*[108]

---

sistemas complejos. Sin embargo, esto lo proponía desde los diagramas cruzados, que solamente aportan ventajas de clasificación (formación de tipos).

[108]Lo mismo vale para la ciencia y su código verdad /no verdad.

Sólo cuando los productos de esta forma de observación de segundo orden quedan referidos unos a otros en forma recursiva (como si siempre hubieran operado así), el sistema del derecho adquiere su unidad de clausura autopoiética.[109] Seguramente este fue el caso, que de ninguna manera fue azaroso, de algunas culturas citadinas situadas en la antigua área del Mar Mediterráneo: lo notable es que esto aconteció sólo en la ciudades. Esto no excluye la normatividad "silvestre" (algunos dirían: natural) -así como tampoco, en el campo de la ciencia, la reproducción de un nivel de observación de segundo orden le dio el tiro de gracia a la magia.[110] La especificación funcional del derecho basado en el procesamiento de expectativas normativas no es suficiente como explicación de la diferenciación evolutiva del sistema del derecho,[111] a pesar de que esta diferenciación tampoco funciona sin hacer referencia a problemas específicamente jurídicos. Sólo la codificación es correlato de la universalidad del derecho,[112] en el sentido de posibilidad de ser aplicado a todas las relaciones de los hechos y en el sentido de que puede ser excitado por cualquier comunicación, independientemente de lo que haya motivado al observador primario.

El código derecho/no derecho no puede aplicarse a sí mismo sin que se origine una paradoja, que bloquea la observación de segundo orden. Sin embargo, el código se puede diferenciar y describir. Es evidente que se puede prescindir del código e intentar un arreglo fuera del sistema. El conflicto (que aparece como unidad del sistema de interacción), las personas, las organizaciones, pueden tomar la decisión de abandonar el sistema jurídico. Esta decisión de abandono estará amparada, sin embargo, por el sistema jurídico sin perjuicio de los propios intereses. Porque finalmente no es posible en absoluto renunciar a la participación en el sistema del derehco (esclavitud) y de llegar a un acuerdo sin tribunales: si se desea que el acuerdo sea válido legalmente, hay que satisfacer determinadas condiciones. Las personas, los sistemas de interacción, las organizaciones hacen posible introducir comunicaciones en el sistema jurídico y luego retirarlas. Ante esto, el sistema jurídico es indiferente. El derecho no persigue ningún interés imperialista en el sentido de atraer en lo posible muchas comunicaciones para mantenerlas en el sistema. El derecho no es ningún sistema atractor. Simplemente declara: si se ha de hacer valer el

---

109. A la pregunta de cómo se puede pensar realmente en una evolución de los sistemas autopoiéticos (¡clausurados en su operación!), yo busco, con ello, una respuesta diferente a la de Gunther Teubner. El concepto de Teubner de hiperciclo transfiere el problema, a mi parecer, tan sólo hacia la cuestión de cómo puede entonces evolucionar el cierre de un hiperciclo de esta naturaleza. Véase a Gunther Teubner, Recht als autopietisches System, Francfort 1989, p. 61 y ss., y para ello también a William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park Cal. 1990, p. 44 y s.

110 Para esto convincentemente G. E. R. Lloyd, Magic, Reason and Experience: Studies in the Origin and Development of Greek Science, Cambridge Ingl., 1979.

111 Así argumentan sobre todo las teorías que se originaron en dependencia de las doctrinas económicas de la división del trabajo y que reclaman simplemente una forma de beneficio público para la diferenciación -beneficio que se impone en la evolución en cierto modo ciegamente.

112 Aquí tengo que corregir algunas perspectivas de mi libro “Rechtssoziologie” (1972), que no tomaron suficientemente en consideración el código del derecho. Allí se trabaja en primera línea con una relación complementaria entre diferenciación (especificación) y generalización.

derecho, es decir, si se ha de disponer sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, *entonces se tendrá que hacer según mis condiciones.* Únicamente en este sentido preciso es que el sistema está clausurado en su operación y determinado en sus estructuras.

Por último hay que considerar que no cualquier mención de los valores del código (derecho/no derecho) hace que una comunicación sea una operación interna del sistema del derecho. Se puede, por ejemplo, en la cátedra de jurisprudencia, hablar sobre los casos legales o informar en la prensa sobre los veredictos del tribunal, sin que la comunicación disponga de valores jurídicos. Tal comunicación se encuentra en otro contexto funcional, y esto aunque el profesor de derecho o el periodista exterioricen su propia opinión. Se nota claramente la diferencia cuando los profesores o los periódicos explícitamente hablan "de lo suyo".

Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opinaba Kelsen, la unidad del sistema jurídico no es premisa de su operación. La unidad del derecho no puede ser concebida ni como principio ni como norma. Ninguna sentencia debe mencionar, y mucho menos comprobar, la unidad del sistema. Ninguna ley la nombra en calidad de parte constitutiva de las regulaciones jurídicas. La unidad se reproduce, en cualquier operación como resultado -así como la unidad de un organismo se reproduce por el intercambio de células. La unidad no puede ser ella misma una operación, entre otras, del sistema; porque una operación de este tipo cambiaría aquello que pertenece a la unidad por el sólo hecho de llevarse a efecto. Por eso el derecho no requiere tampoco, para su ejecución operativa, de ninguna estructura jerárquica que tuviera la función de garantizar la unidad del derecho a través de una norma superior (Grundnorm), o a través de una ley preeminente (la Constitución), o una instancia suprema. Tales representaciones tienen sentido como descripciones del sistema dentro del sistema (volveremos sobre este punto), pero no depende de ellas el que se logre la comunicación en el sistema del derecho: que sean comprendidas y obedecidas. La unidad del sistema no puede ser introducida en el sistema.

Esto no quiere decir que no exista ninguna autorreferencia. La referencia a la unidad será sustituida por una "representación" que hace referencia al código, que hace referencia a la distinción derecho/no derecho, y que supone la vigencia normativa de aquellas expectativas que habrán de aplicarse para la explicación del código. En el lugar de la referencia directa entra una indirecta que, sin embargo, será suficiente para garantizar la capacidad de conexión de las operaciones del sistema dentro del mismo sistema. Con otras palabras: existen indicadores capaces de que sean aplicados a la unidad. La diferenciación social del sistema del derecho, clausurado operativamente, puede ser leída en los cambios de la semántica de estos indicadores y, sobre todo, en la transición de una fundamentación ontológica y natural de la vigencia de la ley en dirección de una total positivización del derecho.

En esto con frecuencia se prescinde ya de la utilización de las palabras derecho, injusticia, norma, por considerarlas superfluas. Estamos en una época distinta a la del ejercicio legal formalista cuasi mágico. Pero por lo menos se debe comunicar y comprender implícitamente que se trata de una comunicación que exige validez contrafáctica, que está apoyada jurídicamente y que con ello se presupone que derecho y no derecho se excluyen. Esto puede suceder hasta en la comunicación cotidiana, ya que en la sociedad moderna no existen esclavos y cualquiera tiene el derecho de estar incluido en el derecho, así como el derecho de utilizar los símbolos jurídicos. La obligatoriedad de las cuestiones jurídicas se realiza tan sólo por medio de la asociación a la función política, que se encarga de las decisiones colectivas vinculantes. La política puede echar mano del recurso de imposición. Esto de ninguna manera significa que no tengan lugar grandes cantidades de comunicaciones jurídicas fuera de estos límites estrechos del parlamento y los tribunales, y que no se cree una inmensa cantidad de derecho positivo sin que haya conexión con estas instancias, es decir sin ningún control político: por ejemplo, a través de los contratos.

Si bien la unidad del sistema no puede ser ningún componente de las operaciones del sistema (o que la unidad pueda ser representada por medio de distinciones específicas), en cambio se puede observar y describir. Esto sólo ocurre mediante un observador que, a su vez, debe ser un sistema autopoiético. Se puede tratar de un observador externo (la ciencia por ejemplo), o del sistema del derecho mismo. Por eso se deberá diferenciar la autorreferencia de la heterorreferencia. Este tema se tratará en forma detallada en otro capítulo.[113] Por el momento habrá que aclarar únicamente la relación entre autoobservación y autodescripción en referencia a la unidad de operación del sistema.

Cuando la unidad del derecho (es decir: el derecho como totalidad de operaciones y estructuras) debe ser observada, se la debe diferenciar de algo más. Además de que la caracterización de la unidad no puede, evidentemente, estar constituida por una caracterización de todos los elementos y de todas las relaciones: sólo puede tener lugar en forma resumida y simplificada. Esto es válido tanto para las observaciones internas como para las externas. Tanto la distinción que se elige con el fin de designar la unidad del sistema, como la operación de simplificación son rendimientos propios del sistema que observa. Con frecuencia se dice también que la observación (y las operaciones que se determinan a través de ella: planeación, control, reflexión teórica) presuponen un "modelo" del sistema del derecho.[114] De cualquier forma la observación no es la realidad completa del sistema. Para que este tipo de reducción quede apropiadamente marcada, deseamos nombrar *identidad* a la unidad en calidad de objeto de la observación y la descripción.

---

[113]Ver capítulo 11.

[114]Compárese con Jean-Louis Le Moigne, La théorie du système général: Theorie de la modélisation, París 1977. Uno de los ejemplos de Le Moignes es el producto social bruto como auto-descripción de un sistema p. 56). El ejemplo muestra al mismo tiempo qué tan complejas (¿erróneas?) pueden ser las condiciones con que se compromete una formación de modelos de esta naturaleza.

Distintos observadores externos -Heinrich von Kleist, Franz Kafka, Walter Benjamin- pueden identificar el sistema del derecho en formas diversas. Cuando se quiere saber cómo lo logran, se debe observar el observador. El sistema del derecho es menos libre en sus autoobservaciones y autodescripciones. Pero para compensar esta falta de libertad, está mejor y más seguramente informado. El derecho tiene que ajustar la observación y la descripción con las operaciones del sistema clausurado. Esto significa: conferir a la descripción y a la observación mismas un estatuto normativo y una adjudicación al código derecho/no derecho. El derecho puede decir que es totalmente conforme a derecho distinguir entre lo conforme (y lo discrepante) con el derecho; mientras que los observadores externos podrían ver en ello precisamente una discrepancia con el derecho. La teoría de los sistemas clausurados en su operación, hasta aquí, no es solamente una teoría referida a objetos, sino que además comprende también los esfuerzos de reflexión de un sistema que se ha descrito precisamente como sistema-que-se describe-a-sí-mismo.

VI

La descripción de los sistemas como clausurados en su operación ofrece una imagen demasiado unilateral: debemos corregirla. Debido a la clausura operativa, se constituye una unidad dentro de un ámbito. Luego ese ámbito se convertirá en el entorno de esa unidad. No se niega ni la existencia, ni la relevancia del entorno. Al contrario: la diferencia entre sistema y entorno es precisamente aquella forma que permite que tanto el sistema como el entorno se designen en referencia recíproca. No nos obstinamos en la absurdidad de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin las condiciones físico-químicas de nuestro planeta. Únicamente afirmamos que el sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus propios esfuerzos, a partir de la efectuación de sus propias operaciones. Estas operaciones son posible gracias a la integración de una red que designamos como clausura. Más brevemente: La apertura es viable sólo sobre la base de la cerradura.

La doctrina antigua de los sistemas abiertos al entorno interpretó esta apertura de manera causal, y presupuso un observador independiente para el conocimiento de las regularidades causales entre el sistema y el entorno. Esto es inobjetable. Un observador puede determinar, de acuerdo a medidas propias y preferencias personales de atribución, las relaciones causales o las probabilidades en la relación entre el sistema y el entorno. Por ejemplo, puede advertir el tratamiento preferencial, dentro del derecho, que se le concede a los estratos superiores. Nosotros en cambio, partimos de una pregunta preliminar: cómo opera el derecho en general y cómo observa sus propias operaciones y sus consecuencias. Con ello se traslada el problema hacia la pregunta por las formas de "internalización" de la diferencia sistema/entorno mediante el derecho. Expresado de otra manera: la pregunta

por la reentrada de la distinción en aquello que ya ha sido distinguido por ella[115], o la pregunta por el espacio imaginario de las posibilidades que el sistema explora.

Para realzar claramente el uso interno de esta distinción, distinguimos entre autorreferencia y heterorreferencia. Es decir: un sistema que dispone de capacidades adecuadas de observación, puede distinguir entre la referencia a sí mismo y la referencia a todo lo demás. Con esta terminología nos encontramos, a diferencia de la doctrina más antigua de los sistemas abiertos, en el plano de la observación de segundo orden. Observamos cómo observa el sistema y cómo efectúa con ella la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia.

Distinto a la comprensión habitual de la autonomía, distinguimos estrictamente entre cuestiones de dependencia (o independencia) causal -que un observador puede juzgar de esta u otra manera, dependiendo de las causas o los efectos que seleccione-; y cuestiones de referencia -que siempre suponen el sistema como observador. Con todo, no se considera la heterorreferencia como limitación de la autonomía del sistema, ya que la acción de referir es siempre una operación del sistema: la referencia se posibilita cuando el sistema integra una red interna. Esto es: una red visible de normas.[116] Por lo tanto, la operación de la observación caracteriza, en primer lugar, el sistema mismo con la ayuda de la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia. Por cierto esta caracterización atiende precisamente el manejo que hace el sistema de su propia autonomía.

Dependiendo de si dirigimos la atención hacia la función (fijada en el estilo normativo de la expectativa), o hacia el código (derecho/no derecho), encontramos diversas formas en las que el sistema jurídico separa autorreferencia de heterorreferencia. En lo que concierne a la función, se puede determinar que el derecho opera *clausurado en su operación* y simultáneamente *abierto cognitivamente*.[117] La comprensión de esta fórmula abreviada de separación se ha encontrado con dificultades considerables, sobre todo en el contexto de la examinación de la autonomía y las dependencias con respecto al entorno.[118] Por eso requiere un comentario meticuloso.

---

[115]"Re-entry en el sentido de Georg Spencer Brown, Laws of Form en el lugar citado, p. 56 y s., 69 y ss.

[116]De manera distinta, Lempert en el lugar citado, p.159, con respecto a la definición que hemos dado (p.65 y s.). En esa definición el concepto de la autonomía se adecua a la circunstancia de si el sistema se refiere a sí mismo (formalismos, procedimientos, conceptos) o a su entorno. La versión citada arriba en el texto expresa simplemente una mayor distancia hacia las determinaciones causales - éstas sólo permiten sacar deducciones de aquel que las establece.

[117]Arthur J. Jacobson, en Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann, Michigan Law Review 87 (1989), p. 1647-1689 (1650,1685), opina que no hay ninguna evidencia empírica de la utilización de esta distinción dentro de los sistemas jurídicos. Esta objeción no es fácil de comprender. Debería ser obvio que lo decisivo no puede estar en la utilización de las palabras normativo/cognitivo. No obstante, se podría fácilmente verificar (y refutar) la tesis, si se recopilaran casos en los que la forma de un ámbito no jurídico se hiciera relevante, sin estar autorizada para ello por medio del derecho; o casos en los que la mera violación de la norma dejara sin efecto la norma, dado que el juez estaría obligado a aprender de la violación. En todo caso, una prueba empírica debe tomar en consideración la capacidad de resolución de la teoría, en caso de que quiera verificar o demostrar su falsedad. Por lo tanto, no es suficiente la observación de que en la vida cotidiana no se utilizan distinciones semejantes.

[118]Véanse, sobre todo, las reflexiones muy cuidadosas de Lempert en el lugar citado,p.178 y ss.

La tesis de la cerradura normativa se dirige en primer lugar contra la concepción de que la moral podría ser válida dentro del sistema jurídico. Esto ya fue excluido por los formalismos de numerosos órdenes jurídicos antiguos y luego encontró compensación a través de la distinción entre justicia y equidad. En la sociedad moderna es todavía más notoria la imposibilidad de la validez inmediata de la moral dentro del sistema jurídico: por razones obvias. El sistema jurídico debe garantizar una consistencia suficiente de sus decisiones; es decir, debe fungir, en este caso, como unidad. Las evaluaciones morales, en cambio, se dan típicamente en forma pluralista y, donde falta el consenso, uno se puede ayudar fragmentando a los partidarios, esto es: formando grupos.[119] No obstante esto es válido sólo bajo la condición de que los moralistas no se equipen a sí mismos con el poder jurídico, y bajo la condición de la paz territorial. Dicho de forma más precisa: el derecho debe tomar en consideración el hecho de que el código moral, como esquematismo binario, es el mismo a todo lo largo de la sociedad; pero los *programas* de la moral (es decir: los criterios de diferenciación entre bien, mal y daño) ya no son capaces de consenso. Es evidente que sigue siendo posible una crítica moral de derecho, pero no es de esperar que la moral exija la obediencia de la ley en todos los casos.[120] Con todo, de esa moral no se deduce todavía que sus argumentos convencieran jurídicamente y, sobre todo, no es de suponer que la moral que se opone al derecho encuentre un consenso universal. Se tratará, antes bien, de una moral controvertida.[121]

Precisamente el refinamiento de la sensibilidad moral depende de que el juicio moral no ocasione consecuencias jurídicas inmediatas. En caso contrario, las diferencias de las opiniones morales tendrían que resolverse dentro del sistema jurídico. Esta circunstancia se conocía ya en el siglo XVIII. Se hace borrosa debido únicamente al hecho de que se formula de manera antropológica (por ejemplo, con la ayuda de la diferenciación entre obligación interna y externa), y eso provoca fácilmente que se pase por alto su significado social. Por lo demás, no se puede negar la circunstancia de que las fundamentaciones éticas y jurídicas puedan coincidir. Sin embargo, no habría que sobreestimar la relevancia práctica de estas convergencias (ni la de sus argumentaciones correspondientes). Estas coincidencias no tienen ninguna importancia dentro de la masa de decisiones de los tribunales y mucho menos en la orientación jurídica de la vida cotidiana.[122]

---

[119]En contra de la concepción dominante dentro de el derecho constitucional de los Estados Unidos, sobre todo Robert M. Cover ha señalado que también las minorías tienen derecho a que su concepción sea aceptada como moral y que, por ello, los jueces no pueden presentar simplemente su opinión mayoritaria como *la moral*. Ver: The Supreme Court,1982 Term. Forewood: Nomos and Narrative, Harvard Law Review 97 (1983), p.4-68 y el mismo, The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction The Capital University Law Review 14 (1985) páginas 179-203. Esta concepción se sustenta en una tradición dentro del derecho judaico del Talmud, que trata de la aceptación religiosa de las opiniones minoritarias.

[120]Compárese acerca de ello con Luc J. Wittgens, Law and Morality: A critical relation, Ratio Juris 4 (1991) p. 177-201.

[121]Acerca de ello también Niklas Luhmann, The Code of the Moral, Cardozo Law Review (14 (1993), p. 995 - 1009)

[122]Muchas controversias teórico jurídicas acerca de esta cuestión parecen sustentarse en el hecho de que se limita el problema de la relación entre derecho y moral a esta cuestión. Y naturalmente nadie negará seriamente que existe siempre una cierta cantidad de convergencia de fundamentación (un "mínimo ético" del derecho). Sin embargo, este conocimiento no sirve a la hora

Sólo si el derecho está claramente diferenciado frente a los inconstantes vaivenes de las comunicaciones morales, y sólo si se puede distinguir de ellas con el apoyo de criterios propios, entonces también los hechos se pueden especificar y delimitar frente a la evaluación global de la persona que efectúa la moral -las personas tienen un significado decisivo en los contextos jurídicos. La apertura a cuestiones cognitivas depende directamente de la clausura normativa del sistema, y puede llegar a ser más específica y distintiva entre más los criterios de relevancia para diferentes hechos estén fijados dentro del sistema mismo.

Si se quieren analizar las combinaciones que puedan darse entre expectativas normativas y cognitivas, es decir, analizar también las combinaciones entre autorreferencia y heterorreferencia, hay que situarse en el nivel de segundo orden. La pregunta entonces es: ¿cómo se esperan las expectativas?[123] Aun cuando en el nivel de observación de primer orden se espera de manera normativa frente a los problemas jurídicos emergentes (de otra manera la operación no se adjudicaría al sistema jurídico), en cambio, se puede optar por otro tipo de anticipación en la observación de dicha expectativa. La expectación normativa se puede aguardar o normativa o cognitivamente, siempre y cuando se puedan separar los distintos niveles de operación; lo que quiere decir: que las ocasiones se puedan especificar de manera clara y distinta. Entonces, por un lado, se puede anticipar normativamente que las expectativas normativas se fijen y se impongan: el apoyo social general del sistema jurídico depende en gran medida de que esto suceda. Pero, por otro lado, se puede esperar que las expectativas normativas sean capaces de aprender. Esto significa: que puedan ser modificadas dentro de un contexto cognitivo (por ejemplo, tomando en cuenta las consecuencias surgidas a partir de la aplicación del derecho), si no es que -visto desde un tercer nivel de observación-, deban cambiarse. El sistema jurídico, como todos los sistemas que atienden a una función en la sociedad moderna, alcanza una complejidad adecuada en el nivel de observación de segundo orden. No obstante esto no cambia para nada el hecho de que el nivel operativo basal de la reproducción autopoiética se cierra en el modo de la expectativa normativa.

De acuerdo con esto, la clausura normativa no significa sólo que las normas se deban mantener estables ante las decepciones. Un aprendizaje que se adapta, no resulta tan sólo por motivos de violación de la norma. Sin embargo, esto lleva directamente a la pregunta de cómo se posibilita y asegura internamente en el sistema esa dureza contrafáctica (esa testarudez) frente a la decepción. La respuesta se encuentra en la red de recursividad de la autopoiesis del sistema. La norma se conserva, condensada, gracias a las secuencias operativas de la praxis que ha antecedido y a la que ha de venir (y esto independientemente del margen de interpretación). Esto no excluye concretamente el

---

de fundamentar específicamente que decisiones problemáticas del derecho se conviertan en "hard cases", y tampoco no cambia para nada la circunstancia de que el derecho *siempre* se debe identificar como derecho en los textos jurídicos.

[123] En caso contrario se generan, como dicen los críticos, contradicciones evidentes, cuando se afirma que la expectativa cognitiva y la normativa se excluyen mutuamente y que, a pesar de ello, ambas se practican simultáneamente.

comportamiento ilegal dentro del sistema jurídico, ni las decisiones ilegales de los tribunales. No obstante, la denominación ilegal se vuelve posible, y esto acarrea consecuencias para las futuras operaciones del sistema -ya sea en la forma de suspensión de una decisión que no fue válida, ya sea en la forma de que algo no se tomó en consideración en las decisiones precedentes. La clausura normativa consiste, entonces, en el contexto de autoobservación continua del sistema según el esquema: conforme con el derecho/discrepante con el derecho. De aquí que el aprendizaje, es decir, la modificación de las normas, se vuelve posible, ya sea que se induzca internamente a través de que ya no sean aceptables ciertas consecuencias jurídicas, o a través de la valoración social sobre las normas específicas. Con todo, el sistema no se ve frente a la tarea de producir un contexto *cognitivo* y de clausurarse operativamente en ese contexto, aunque sí se ve en la necesidad de producir un contexto *normativo*. La apertura cognitiva siempre se da bajo la condición autopoiética de integrar el caso particular (o la norma modificada) a la praxis presente y venidera de las decisiones del sistema. Un acto de arbitrariedad sustentado en una "afirmación autoritaria" del sistema político, sería reconocible en el sistema de derecho como una violación -aunque no se siga de allí ninguna consecuencia por falta de cobertura por parte del poder.

Un sistema jurídico expuesto frecuentemente a las intromisiones -¿y quién negaría que esto sucede a menudo?-,[124] opera en el estado de corrupción. Reconoce por medio de sus normas que no puede resistir a la presión de la política. El sistema se mantiene simulando legalidad, aunque no renuncia a la normatividad en general. No obstante, mediatiza el código derecho/no derecho, anteponiendo una diferenciación a través de *un valor de rechazo* (Gotthard Günther), que permite la subordinación oportunista a las elites capaces de imponerse. Con la pregunta de si el derecho se debe aplicar en estos casos, surge una especie de test preliminar. Con ello se llega a situaciones límite en las que el derecho funge sólo, de manera ocasional e inconexa, como sistema. El derecho entonces se orienta a sí mismo -y así es percibido desde fuera-, como un puro instrumento de poder. Abstractamente es muy difícil localizar dónde están ubicados estos límites dado que la confianza y la desconfianza están involucradas como mecanismos generales. En el caso extremo ya no se pude hablar de clausura autopoiética e incluso tampoco de aprendizaje cognitivo respecto de las normas.

Aun en los casos extremos -los que la cultura del derecho considera como tales- es posible notar relaciones de dependencia con la administración normal de la justicia. Los nacionalsocialistas no suspendieron el Art.1 de la ley constitucional de los tribunales, a pesar de todas las declaraciones acerca de la unidad de Estado y derecho y a pesar de que todo se quería supeditar al principio del Führer. Introdujeron nuevos contenidos y con eso sujetaron las leyes a las nuevas opiniones, suspendieron legalmente a los jueces non

---

[124]Véase, con mucha documentación, a Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Darstellung des Falls Brasilien, Berlín 1992.

gratos, instituyeron tribunales especiales. Todo esto habría sido suficiente para conseguir aceptación política dentro del derecho. Pero para ellos lo importante era conservar la superioridad en cualquier conflicto político imaginable. Los tribunales ciertamente se consideraron como formas de realización de la voluntad del Führer y la disposición de las competencias correspondientes estaban sujetas a las intromisiones políticas -incluyendo la acusación posible, dependiendo del caso, ante los tribunales especiales. Con todo, no estaban permitidas las intromisiones políticas en los procesos en curso. En un importante libro de texto de la época se lee: "No existe ni conceptual ni esencialmente jurisdicción sin jueces independientes. La reputación del tribunal, la confianza del pueblo en el juez y en el derecho se destruyen si se elimina la independencia de los tribunales".[125] Ciertamente no se trataba de eliminar la capacidad de funcionamiento del derecho. Y aunque *nosotros* opinemos que en aquel entonces no hubo administración de justicia que fuera independiente, la idea de aquel tiempo era otra: se había partido del presupuesto de un cambio de orientación dentro del sistema jurídico y de la posibilidad de una realización autopoiética de ese cambio.[126] La autopoiesis no es ningún criterio político ni ético de la aceptabilidad del derecho.[127]

Estos análisis muestran que autorreferencia y heterorreferencia deben efectuarse conjuntamente en la forma de clausura normativa para que sea posible la apertura cognitiva, sobre la base indudable del cierre normativo. El sistema puede dejar los logros de aprendizaje a la casualidad, es decir, al impulso exterior no previsto por el sistema, si mantiene la posibilidad de introducir las modificaciones como modificaciones al derecho que vige y de integrarlas a la red de interpretación de sus normas. Habrá que soportar o regular posteriormente las presiones -por ejemplo, no perseguir delitos para ajustarse oportunistamente a los deseos de la fiscalía, o no ejecutar sentencias por parte de los tribunales en aras de un valor jurídico mayor como sería el de evitar disturbios. La autopoiesis del sistema es un principio bastante robusto tanto en el derecho, como en la sociedad, como en la vida -precisamente porque puede proseguir o parar. Sin embargo, esto no significa que no sea posible la destrucción: del aprendizaje que se le impone al sistema del derecho se pueden advertir señales de alarma. No en balde el Estado liberal con su cultura jurídica nunca más igualada, difundió la leyenda de que el Estado absoluto había sido gobernado por las "pretensiones de poder" del monarca[128], para imponer, a cambio, otro principio jurídico: la división de poderes.

No hay que perder de vista el caso normal que puede ser compatible con estructuras muy diversas y con contenidos normativos diferentes. El caso normal lo debemos tener

---

[125]Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, Hamburgo 1939, p.279.

[126]Véase, acerca de ello, a Dieter Simon, Waren die Richter “unabhängige Richter”? Rechtshistorisches Journal 4 (1985), P.102-116)

[127]Esta observación se dirige también hacia los esfuerzos ampliamente difundidos de expresar el rechazo ético-político de dicho régimen, mediante correcciones a la teoría del derecho. De aquí se podría aprender que lo decisivo está en la vigilancia política y no en la vigilancia teórico jurídica.

[128]Véase, acerca de ello, a Regina Ogorek, Das Machtspruchmysterium, Rechtshistorisches Journal 3 (1984) p.82 - 107.

presente ante los cambios radicales y las amenazas históricas e incluso frente a los problemas de aquellas regiones en las que no se pudo imponer la diferenciación de un sistema de derecho. La forma típica en la que se combinan clausura normativa con apertura cognitiva, es aquella del programa condicional.[129] Este programa condicional exige que las reglas normativas de la decisión (*que se justifican sólo al interior del derecho*) se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos -los que se determinan cognitivamente): si está presente la realidad **a**, entonces la decisión **x** es conforme con el derecho; si no, no.[130] La prescripción de las realidades que poseen este efecto disparador, se lleva a efecto a través de la formulación de las normas; es decir, mediante operaciones internas al sistema. El Derecho Civil Romano utiliza ya una terminología de la materia jurídica que se distingue del uso del idioma en la vida cotidiana.[131] Incluso las formulaciones que instan aparentemente a la aceptación de las valoraciones morales -"bona fides"-, fueron utilizadas dentro del derecho con un sentido eminentemente jurídico.[132] Por otra parte mediante la norma no hay un prejuicio acerca de si aquellas realidades están (o no) presentes como para introducir el programa condicional: esto se decide sólo de manera cognitiva.

Según esto, el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente: sólo como "difference that makes a difference" (Bateson). Y si el estado del sistema ha cambiado, esto se debe a que se ha referido a la aplicación del derecho o, en última instancia, al código. Dicho de otra manera: el sistema del derecho no puede atribuir al entorno normas, pero sí conocimientos. Incluso la cuota de conocimiento que atribuye al entorno es una operación puramente interna y no un proceso de "transfer" de informaciones. Precisamente el concepto dual de información de Bateson, "a difference that makes a difference", expresa el hecho de que una información modifica el estado propio, a través de la introducción de una diferencia.[133]

---

[129]Sobre esto más detalladamente, adelante en el capítulo 4, IV.

[130]Esto debería ser obvio. Sin embargo, anotamos preventivamente que, dentro de este contexto, la deducción no es *ningún método de interpretación*; y que los requerimientos de combinación entre autorreferencia y hetrorreferencia, bosquejados en el texto, no son de importancia para el significado de la lógica interpretativa del derecho.

[131]Acerca de ello, análisis explícitos en Antonio Carcaterra, Struttura del Linguaggio giuridico-precettivo romano: Contributi, Bari 1968: del mismo autor, Dolus bonus/donus malus: Esegesi di D.4.3.1.2-3, Nápoles 1970; y, Semantica degli enunciati normativi-giuridici romani: Interpretatio iuris, Bari 1972; A diferencia del *énfasis* que se pone en las particularidades de la terminología de la materia jurídica, Carcaterra opina que se trata de otro *idioma*, y que también construye otra realidad - una "realtà quale è vista e disciplinata dal diritto" (en el lugar citado,1968, página 210).

[132]Notablemente, esta juridización se puede demostrar justo en la transición de "fides" a "bona fides". Así por ejemplo, en el contexto de la diferenciación de la jurisprudencia a partir de la más antigua “ragione signorile" y con referencia a Quintus Mutius Scaevola, Aldo Schiavone, Nascita della giurisprudenza: Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicano, Bari 1976, página 147 y ss., Compárese también con Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fidis iudicia, Nápoles 1964.

[133]Es obvio que esta circunstancia contradice la idea anterior acerca de las informaciones como un tipo de "datos" manejables y transferibles. Por ello, se escuchan frecuentemente quejas en el sentido de que la teoría de los sistemas autopoiéticos es imprecisa; que no demuestra cómo una información llega desde afuera hacia adentro. (De esta manera, por ejemplo, William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park Cal. 1990, página 38 y ss. (42) No obstante, a este respecto no es imprecisa. Antes bien, excluye conceptualmente un proceso semejante de transferencia.

Por lo tanto, "abierto cognitivamente" no significa otra cosa que el sistema genera las informaciones correspondientes desde la posición de la heterorreferencia y las atribuye a diferencias situadas en el entorno. Por ello, la diferencia entre cerrado normativamente y abierto cognitivamente se practica sólo dentro del sistema (y no como circunstancia dada objetivamente). El sistema jurídico se convierte a sí mismo en ley. Por eso, la moral no tiene ninguna relevancia jurídica: ni como código (bien/mal; correcto/incorrecto), ni como valoración singular. Esto lo sabía ya Pablo: Non omne quod licet honestum est.[134] Y lo sabía también Oliver Wendell Holmes.[135] Ciertamente el derecho puede aceptar metas normativas preestablecidas por parte de la moral o de otras fuentes sociales. Sin embargo, esto debe tener lugar a través de una transformación explícita en derecho. [136] Lo contrario es válido para todo aquello que se debe considerar como conocimiento. De este modo, el sistema jurídico depende, por ejemplo en el caso de los problemas de ecología, de los resultados de la ciencia: se puede tratar de realización de diferentes cálculos estadísticos, hasta el uso de la metodología empírica. No obstante, las evaluaciones incorrectas del estado de la ciencia serán relevantes como error jurídico, sólo dentro del sistema del derecho. En el caso de que haya inseguridad en los resultados de la investigación (lo que la ciencia puede admitir), el sistema jurídico tiene la libertad de recurrir a las "policy decisions", a las regulaciones de las descargas de las pruebas, etcétera, en una palabra: puede recurrir a los medios disponibles.[137] El sistema no puede tratar los hechos, cuando son jurídicamente relevantes, como si no fueran hechos. Con todo, los hechos no pueden modificar las normas. Expresado de otra manera: del simple hecho de que se viole la ley no se desprende que el derecho no sea derecho. Precisamente con base en esta cerradura normativa el derecho se abre a innumerables estados y sucesos del entorno -estos sucesos obtienen un valor de información sólo por medio y dentro del sistema. El derecho puede (y en caso necesario debe), aprender que determinados síntomas del comportamiento son indicadores de una enfermedad psíquica, lo que para el derecho significa: incapacidad de que la culpa sea imputada.

---

[134]D 50.17.144. El famoso iuris praecepta sunt haec: honeste vivere… (D.1.1.10.1, Ulpian) se debe interpretar en este sentido, si no es que se debe archivar simplemente como exageración retórica.

[135]Ver los análisis acerca de la diferencia entre derecho y moral, en la famosa presentación The Path of the Law, Harvard Law Review 10(1897), páginas 457-478. Esta presentación inaugura el movimiento del "Legal Realism".

[136]En referencia a esto se puede discutir acerca de qué requerimientos se deben exigir de una transformación "explícita". David Lyons, en Justification and Judicial Responsability, California Law Review 72(1984) páginas 172-199, representa una posición comparativamente radical. De acuerdo a Lyons, del hecho de que el sistema jurídico obligue a los tribunales a decidir en los así llamados "hard cases", a pesar de que no se puede encontrar, dentro del derecho vigente, una regla de decisión inequívoca y deductivamente aplicable, se deduce que todas las decisiones jurídicas requieren de una justificación moral. Dentro de la prohibición de la denegación de la justicia habría, entonces, una referencia a la moral. Contra esto se puede objetar. Pero aun si Lyons tuviera razón, seguiría siendo válido que existe una justificación jurídica (y no solamente moral) de la relevancia de la moral para el derecho, es decir, la prohibición de la denegación de la justicia. Compárese acerca de ello también, más adelante, con el capítulo 6, III.

[137]Acerca de ello, con mucha documentación, R. Bruce Dickson, Risk Assesment and the Law: Evolving Criteria by wich Carcinogenicity Risk Assesments Are Evaluated in the Legal Comunity, en: Vincent T. Covello et al. (editor), Uncertainty in Risk Assesment, Risk Managment and Decision Making, Nueva York 1987, p.145-157.

Por esta razón, la diferencia entre hechos y normas alcanza, en el sistema del derecho, un significado que no se encuentra en ningún otro sistema que atiende a una función.[138] Entiéndase bien: no se trata de que la normas o los hechos como tales tengan importancia, ya que esto es válido, en mayor o menor medida, en todos los ámbitos de la sociedad. Lo decisivo es más bien que dentro del sistema jurídico, esta distinción es más importante que en ninguna otra parte. Es decir: aquí lo decisivo es la meticulosidad y la exactitud con la que ambos lados se distinguen y el hecho de que se eviten las mezclas. Esta distinción representa, dentro del sistema, la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, es decir, la manera en la que se refleja la diferencia de sistema y entorno en cualquier operación del sistema. Tan sólo por esta razón no se debería permitir (si la hubiera) una lógica que dedujera las normas a partir de los hechos (aunque sean hechos de una conciencia razonable), o a la inversa: los hechos a partir de las normas.

Si en la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia se toma en consideración el hecho de que se trata de la unidad de una forma que es capaz de enlaces en cualquiera de sus lados, se concluye que la reacción frente a la creciente complejidad social puede acontecer en cualquiera de esas dos partes. Por un lado el sistema de derecho se hace más complejo en la estructura de sus normas. Algunos opinan que esto se puede reconocer en el hecho que hay un abandono de las generalizaciones objetivas en favor de las regulaciones de procedimiento (procedimentalización).[139] Por otro, el lado cognitivo, y dentro de ese ámbito la referencia a criterios externos, gana peso. En esto, en principio da igual si la referencia es a normas externas al sistema jurídico -criterios éticos, buenos modales, costumbres locales de determinadas profesiones-; o a constelaciones de conocimientos -estado de la técnica o de la investigación científica.[140] Además de que se requiere de un examen minucioso para ver si se hacen presentes esas referencias: ya que no resultan simplemente por el hecho de que se utilice cierta terminología que circula fuera del derecho con significación moral (bona fides, lealtad, confianza, praxis razonable).[141] Por el contrario, las apariencias hablan en contra de esta suposición. Lo mismo es válido para la

---

[138]Véase acerca de ello también Vilhelm Aubert, The Structure of Legal Thinking, en: Legal Essays: Festskrift til Frede Castberg, Copenhague 1963, páginas 41 - 63. Para la reflexión típicamente teórico jurídica acerca de esta distinción, compárese, por ejemplo, con Christian Atias, Epistémologie juridique, París 1985, página 123 y.

[139]Véase, p. Ej., a Reiner Frey, Vom Subjekt zur Selbstreferenz: Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie, Berlín 1989, sobre todo p.100 y ss., siguiendo a Wiethölter.

[140]Compárese acerca de este caso mencionado al último, con Peter Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, Berlín 1979; Rainer Wolf, Der Stand der Technik: Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzes, Opladen 1986. Hasta donde sé, no se registra en ninguna parte el parecido estructural entre la referencia a la técnica y la referencia a los buenos modales y la moral. En todo caso, las metas normativas preestablecidas para la evaluación de la relevancia jurídica de reglas externas y evaluaciones de hechos, no son ninguna circunstancia constante. Ellas mismas están sujetas a un desarrollo jurisprudencial y legislativo del derecho. Un desarrollo semejante exige, por ejemplo, Gerd Winter, Die Angst des Richters bei der Technikbewertung, Zeitschrift für Rechtspolitik (1987), páginas 425-431.

[141]Así , precisamente para el derecho romano, Yan Thomas, Le langage du droît romain: Problèmes et méthodes, Archives de Philosophie du Droît 19 (1974), p.103-125 -en contra de la opinión acostumbrada (aunque en realidad esta opinión no se ha analizado). Compárese también con las explicaciones acerca de “The Autonomy of the Legal Lexicon”, en: Bernhard S. Jackson, Semiotics and Legal Theory, Londres 1985, p.46 y ss. Acerca de un importante caso aislado, véase a Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fidei iudicia, Nápoles 1964.

referencia a constelaciones de conocimiento: tampoco aquí es suficiente el hecho de que se utilicen ciertas palabras que se utilizan dentro de la ciencia, (riesgo). No obstante, si la referencia existe, el derecho está obligado, por razones intrínsecas al derecho, a atenerse a los resultados de la investigación de la ciencia o al procesamiento científico de los datos. Aun si no existiera referencia explícita, el derecho se podría sentir obligado: habiendo estadísticas de mortandad el juez ya no podrá confiar en su propio criterio, respecto de las expectativas de vida. Y desde que hay procedimiento con el que se decide sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, el "derecho consuetudinario" no es otra cosa que un reconocimiento y una referencia interna del sistema jurídico. El derecho consuetudinario actualmente es válido en la media en la que los jueces se apoyan es este tipo de decisiones. En todo esto se trata siempre de citas globales sobre circunstancias altamente complejas. La consecuencia es que la opinión de los expertos y de las organizaciones (*los vistos buenos*) adquieren un significado decisivo, dentro del procedimiento jurídico, para la toma de decisiones. [142]

Se discute una y otra vez si el derecho necesita de una "fundamentación" moral. Esto es frecuente, sobre todo, en la Common Law de los Estados Unidos. Se supone que el juez debe recurrir, en cuestiones de duda, a aquello que considera las "moral aspirations" de los colegas jueces.[143] Ya habíamos hecho referencia a los problemas que de aquí se derivan.[144] Claro que en esto no se aplica el método de investigación empírica sobre las opiniones; se trata solamente de que el juez se pregunte *a si mismo* lo que considera concepción moral *en los otros*. La prueba consistiría (y aquí sólo se puede formular paradójicamente) en ver si el derecho reconoce límites morales de apego a las leyes: límites que no resulten del derecho mismo. Si el derecho reconoce límites, entonces son límites del derecho: si no, no. Sólo se escapa de esta paradoja echando mano de la figura de la re-entry, es decir: por medio del hecho de que se reconocen las referencias externas de la moral, como si estas referencias fueran parte de la operación del sistema jurídico mismo.

Hasta aquí hemos hablado de criterios, de estándares, de normas, a las que el derecho recurre ocasionalmente por motivos internos. Pero estas reflexiones son válidas también para cuando se recurre a ocasiones externas de normación jurídica: de intereses velados, de intenciones, propósitos secundarios, motivaciones, sobre todo, en el ámbito de

---

[142]Helmut Schelsky se ocupó en varias ocasiones de las consecuencias de esta participación de los expertos, ya sea prevista institucionalmente, o que tuviera lugar en el ofrecimiento de pruebas, Ver, p. ej., Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen 1980, p.39 y ss. Véase también, a Julian L. Woodward, A Scientific Attempt to Provide Evidence for a Decision on a Change on Venue, American Sociological Review 17 (1952) p.447-452, acerca de los problemas del derecho de pruebas, en el caso de una averiguación y evaluación puramente científica de los hechos. (No obstante, el caso concierne a una investigación jurídicamente más bien atípica pero políticamente “excitante”: los prejuicios, con motivo de una sentencia de muerte contra negros a causa de la violación de una mujer blanca.)

[143]Véase, por sobre muchos, a David Lyons, Ethics and the Rule of Law, Cambridge, Inglaterra 1984, o (más moderado) Melvon Aron Eisenberg, The Nature of the Common Law, Cambridge Mass. 1988, p. 14 y ss. Como europeo, uno se pregunta si los americanos saben lo que quieren decir, cuando hablan de moral.

[144]Véase p.78 y ss.

la legislación. En esto también se filtra, interior al derecho, lo que se puede (o no) ocasionalmente aceptar para la interpretación de una norma. Nunca se lee en una sentencia de un tribunal que la ley se debe a una jugada política de ajedrez de un partido, o a la circunstancia de que, en la actualidad, tiene valor de carrera política oponerse al *big business*. Ni siquiera en la famosa discusión acerca del "original intent" como máxima de interpretación de la Constitución en los Estados Unidos, nunca nadie ha pensado seriamente en una investigación histórica: se ha tratado únicamente de la pregunta por los límites de una interpretación que surgiera de moralistas fanáticos. Por consiguiente ni el hecho de consultar reglas externas, ni el acceder a motivos de la legislación que se pudieran determinar fácticamente, pueden valer como objeción contra la tesis de la unidad operativa y la autonomía del sistema jurídico. Esto también es válido si los tribunales se refieren explícitamente al uso cotidiano del lenguaje, en la interpretación de los textos de la ley.[145] En todos estos casos no se trata de pruebas para comprobar la tesis de la no-diferenciación del derecho ni tampoco de indicadores de la pérdida social de su significado. Se trata más bien de una caso de interpenetración. Esto quiere decir: el derecho presupone que el entorno estructura y reduce complejidad, de esta manera se aprovecha de esos resultados sin necesidad de analizar su génesis -cuando lo amerite, lo hará bajo aspectos meramente jurídicos.[146] Esto no conduce a que los límites del sistema se hagan borrosos, ni tampoco a un traslape de los sistemas, ni necesariamente a que el peso social del derecho se traslade a otro sistema. En principio se trata de un proceso completamente normal de absorción de inseguridad en el comercio entre sistemas: el cerebro utiliza los rendimientos químicos de ordenamiento de las células nerviosas, sin ordenarlos como operaciones propias. La autonomía (que permanece incólume) se reconoce por el hecho de que las decisiones específicamente jurídicas son normalmente aquellas que logran un enlace estrecho con el derecho y que, en él, encuentran su responsabilidad. La autonomía se reconoce también por la circunstancia de que la autorización del derecho cubre lo que no puede cubrir la técnica: errores de presupuesto de algo que es técnicamente irrealizable. En todas las operaciones cognitivas el derecho reconoce que puede equivocarse, y se reserva la decisión de lo que ha de decidir cuando el error se hace evidente.[147]

El que el derecho tenga que legitimar dentro del derecho lo que consulta fuera del derecho, es una muestra más de que las referencias a cogniciones externas, son aspectos de las operaciones internas del sistema jurídico. Y esto independientemente de que las indagaciones sociológicas acerca de la utilización del conocimiento dentro del derecho

---

[145]"In this sense, ordinary meaning is as much a construct of the law as is legal principle", observan D.Neil MacCormick/Robert S. Summers, Interpretation and Justification, en, (ellos mismos como editores) Interpreting Statutes: A Comparative Study, Aldershot Hands, Inglaterra 1992, p.511-544 (517)

[146]Acerca de este concepto de interpenetración como conexión global con una complejidad externa, más detalladamente Niklas Luhmann, Soziale Systeme, en el lugar citado, página 286 yss. (En castellano: Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general, Anthropos, Pontificia Universidad Javeriana, Barcelona, 1998, Capítulo 6).

[147]Actualmente, estos descubrimientos conducen cada vez más a limitaciones jurídicas constitucionales para el legislador. No obstante, esto concierne solamente a los errores del legislador, no a los del juez.

vayan todavía más lejos.[148] Estas indagaciones permiten reconocer que el conocimiento de los expertos abandona su carácter esencial cuando es utilizado en los procesos de decisión político-administrativos y que, por eso, pueden conducir a resultados que han sido decididos bajo presión de tiempo y necesidad de simplificación. En el sistema jurídico esto significa que el conocimiento que parte de los hechos se puede transformar en decisiones mediante normas jurídicas. Dicho de otra manera: el conocimiento debe adecuarse a la forma prevista por el derecho,[149] de tal suerte que apoye la pretensión jurídica de que las decisiones, si existen reglas, *se deduzcan de los hechos*. También la empresa científica sabe de la presentación exagerada de los resultados por parte de los investigadores.[150] No obstante forma y contexto se distinguen claramente, por ejemplo en el hecho de que se utiliza la precisión del alcance de los resultados y se admite la inseguridad restante -esto como estrategia para asegurarse, en el protocolo interno a la ciencia, contra la crítica de los resultados de la investigación. En cambio, el sistema jurídico hace énfasis en la solidez de las propias decisiones y puede prescindir de cualquier inseguridad del conocimiento o de la dependencia de decisiones teóricas preliminares: en el derecho tan sólo el detalle jurídico es de interés. Es típico que se planteen exigencias mayores de seguridad en las afirmaciones cuando de ellas dependen cuestiones de responsabilidad jurídica, de culpabilidad, de reparación del daño. Esto significa: la exigencia en relación a los hechos se regula de antemano a través de las consecuencias jurídicas esperadas. Por consiguiente el contexto distingue entre uso científico y uso jurídico del conocimiento y esto desemboca, correspondientemente, en diversas formas de presentación, dependiendeo de la red recursiva dentro de la cual el conocimiento es reconocido como útil.

De manera preventiva queremos anotar que la diferenciación normativo/cognitivo no es idéntica a la de sistema/entorno. Por una lado el derecho puede reconocer como hecho la simple existencia de normas en el entorno (por ejemplo, los fanatismos religiosos). Por otro, puede aprender de la argumentación interpretativa o de la autocorreción legislativa; es decir: puede procesar cognitivamente informaciones. Sin embargo esto no cambia para nada el hecho de que la autorreferencia queda asegurada mediante el recurso de no-aprendizaje: estabilidad contrafáctica de las normas. Y esto independientemente de la gran disposición para aprender que pueda sobrevenir después. Sólo porque existe la norma de que los contratos se deben cumplir, existen las exigencias enormemente altas con respecto

[148]Véase sobre todo, a Roger Smith/Brian Wynne (editores), Expert Evidence: Interpreting Science in the Law, Londres 1989
[149]"It follows" así dice en Smith y Wynne en el lugar citado, p.3, "that the many areas of legal decision making wich draw on scientific or technical expertise value a firm structuring and classification of problems, clear distinctions between what is and is not at issue, precise decision rules (leading as far as possible, to decisions following automatically from the facts of a problem) and efficiency in presentation and procedure".
[150]Compárese, p. Ej., con Susan Leigh Star, Scientific Work and Uncertainty, Social Studies of Science 15 (1985) p.391-427; Brian L. Campell, Uncertainty as Symbolic Action in Disputes Among Experts, Social Studies of Science 15 (1985) p.429-453.

a los contenidos de los contratos, a la verdadera intención de las partes, a la reconocibilidad de los errores...[151]

Sistema y entorno existen siempre simultáneamente y nunca un lado de la forma se da sin el otro. Sin embargo, el sistema alcanza la libertad de "cambio de dirección" (de un traslado del centro gravitacional) de la autorreferencia en dirección de la heteroreferencia, mediante la internalización de precisamente esa diferencia: autorreferencia/heterorreferencia. El problema de una decisión concreta puede estar ubicado una veces en la determinación de los hechos, otras en la interpretación de las normas. Es decir que el sistema puede oscilar de operación en operación entre la referencia interna y la referencia externa, sin tener que cruzar nunca el propio límite. De esa manera, luego, se puede disolver (nunca: suspender) la simultaneidad inevitable de mundo y operación, por medio del esquema de un observador. Se puede otorgar significado actual a los hechos pasados o futuros: el sistema gana con ello capacidad de sincronización.

La autopoiesis del derecho se reconoce a sí misma por lo inalienable del estilo normativo de las expectativas -que son la base del procesamiento de las comunicaciones jurídicas. Esto sucede, en la práctica, haciendo referencia al derecho vigente, que es el que orienta las pretensiones y las decisiones autorizadas. Una segunda seguridad subyace en la referencia al esquematismo binario: conforme a derecho/no conforme a derecho. Con todo, si cualquier atribución (explícita o implícita) a los valores del código simboliza la unidad del sistema, ¿cómo se expresa, entonces, la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia; la diferencia entre clausura y apertura?

Respondemos: con la ayuda de la diferencia entre codificación y programación. En el nivel del código, la apertura del sistema consiste únicamente en la autorreferencia circular: cualquier operación puede disponer, en cualquier momento, de los *dos* valores, derecho/no derecho. Aquí se trata de apertura a la dimensión del tiempo -a diferencia de cualquier tipo de teleología que se orienta hacia un fin bueno (natural, perfecto...). El código no permite que el sistema se cierre; permite sólo que se enlace. Precisamente por esto queda abierto cómo es que se adjudican los valores del derecho y qué es lo correcto. Llamamos programa a aquella regla que decide acerca de la adjudicacion de los valores (independienemente del margen de la interpretación). Pensamos, como programas, en las leyes jurídicas, pero también en otras premisas de decisión del derecho: la autoobligación surgida de los prejuicios en la praxis de los tribunales. La unidad operativa del sistema está asegurada mediante la codificación; en el nivel de la programación, se puede determinar todavía qué aspectos del sistema tendrían que procesar cogniciones y en qué ocasión. En las sociedades cada vez más complejas, esto conduce a que el derecho adquiera una amplia capacidad de estimulabilidad frente a condiciones no fijas del entorno. No obstante, no conduce nunca a la disolución de la unidad del derecho, mientras ésta se presente dentro

[151]Por lo demás, este ejemplo demuestra también que es muy importante considerar los desarrollos históricos. El derecho se ha comprometido apenas hasta el siglo XIX con el alto riesgo de aprendizaje en la interpretación de la voluntad de las partes que celebran el contrato.

del sistema a través de un código (y solamente uno) -que no puede ser utilizado en ninguna otra parte en la sociedad.

Por último se podría plantear la pregunta acerca de si no existen casos obvios en los que la sociedad obliga al sistema de derecho a modificarse.[152] Piénsese en los efectos del movimiento de los civil rights en los Estados Unidos, o en la conciencia cada vez mayor del riesgo dentro del ámbito de protección del trabajador y del consumidor.[153] Para formularlo en el estilo del movimiento del "Critical Law Studies"[154]: ¿No se debería admitir que el sistema jurídico se ve obligado a ceder a la presión social tan poderosa, debido al problema de su "legitimación" ? Si esto fuera sólo una cuestión de poder, y no de aprendizaje cognitivo, entonces ya no sería reconocible aquello de la "rule of law", y las comunicaciones ya no aparecerían formando parte del sistema de derecho. Por suerte un movimiento social o una simple campaña en los medios de masas no pueden modificar el derecho. Una modificación es sólo posible en las formas que el sistema jurídico escoja y con las que está pendiente de los cambios en la opinión pública: separación racial en las instituciones públicas, responsabilidad de un productor sobre los productos que ofrece en el mercado. En las condiciones actuales de prensa masiva y televisión, una reorientación semejante se efectúa con mucho más rapidez que el ajuste que el derecho efectuaba en condiciones de economía capitalista.[155] Por eso mismo los efectos son más erráticos y requieren más pronto de revisión y, también por eso, es más fácil atribuir causalidad entre el cambio en la opinión pública y su consecuencia en el derecho -aunque no tenemos la pretensión de negar que esta circunstancia se pueda también describir de manera causal. Esto evidentemente que no niega la posibilidad de que los temas del derecho se transformen y no excluye tampoco el que al ser tan grandes las dificultades de adaptación del derecho, acabe cediendo a las presiones externas: por ejemplo, la aceptación de las demandas populares en cuestiones de protección del medio ambiente. El sistema del derecho es aquel órgano de la sociedad del que se echa mano para dar forma jurídica a las concepciones cambiantes sobre el mundo. La autopoiesis del sistema con todo esto no se bloquea sino sólo continua de otra manera -si es que no se destruye el instrumento con el que la sociedad efectúa las modificaciones en el derecho. Visto desde la perspectiva del sistema jurídico debe quedar instalado un filtro por el que los cambios de opinión se tomen como

---

[152]Véase a Joel Handler, Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change, Nueva York 1978. No, obstante, la investigación de Handler se concentra en el movimiento social mismo, y con esta referencia de sistema, el sistema jurídico aparece entonces tan sólo como una de las variables -variables que explican el éxito o el fracaso de los movimientos sociales que persiguen la finalidad de modificar el derecho.

[153]George L. Priest, The New Legal Structure of Risk control, Daedalus 119,4 (1990) p.202-227, habla precisamente de una revolución dentro del derecho civil americano.

[154]Marjorie Schaafsma presentó está objeción en el curso Sociology of Law que impartí en el semestre de otoño en la Law School de la Northwestern University.

[155]Acerca de ello James W. Hurst, Law and the conditions of freedom in the Nineteenth Century United States, Madison Wisc. 1956; del mismo autor, Law and Social Process in United States History, Ann Arbor 1960; Morton J. Horwitz, The Transformation of American Law, 1780-1860, Cambridge Mass. 1977,

motivo de aprendizaje, es decir, cognitivamente y no, por ejemplo, como imposición directa de nuevas normas.

VII

El principio de la clausura de operación del derecho tiene validez sin excepción: no es ningún principio normativo. Para esta clausura no están previstas violaciones que se tuvieran que sancionar dentro del sistema jurídico. Si una comunicación no se identifica con el código -conforme a derecho/no-conforme a derecho-, no es, por ello, ilegal ni imposible. Sólo que no se adjudica al sistema jurídico, sino que se atribuye al entorno -a qué otro sistema de funciones se pueda atribuir, dependerá del código correspondiente. Dicho de otra manera: la "sanción" está ubicada únicamente en la diferencia entre sistema y entorno. Esta ineluctabilidad de la clausura de operación del derecho es válida incluso en el caso de que el sistema jurídico esté diferenciado de acuerdo al esquema: derecho constitucional/otros tipos de derecho. Por lo tanto, el derecho incluye el derecho constitucional. ¿De qué otra manera podría ser éste derecho? Y esto a pesar de que la parte restante del derecho se cubra con una codificación adicional de: constitucional/inconstitucional.[156] El derecho constitucional requiere en gran medida de interpretación, y esto significa: que la interpretación debe trascender el sentido fijado en el texto. Por eso para los intérpretes de la Constitución surge, una y otra vez, la pregunta acerca del desde dónde se debe determinar el sentido de la Constitución. Se podría dudar acerca de si los procedimientos habituales de interpretación también son válidos aquí o si la distinción derecho constitucional/derecho normal también diferencia los aspectos de la interpretación. En este sentido, se remite frecuentemente a estándares más altos: morales y éticos; dado que de otra manera (es decir: inmanente al texto) no se podría alcanzar una decisión.[157] Pareciera que los intérpretes de la Constitución necesitan la referencia a un derecho más alto o a algo mayor, para liberarse de sus inseguridades.

En apariencia en contraste con lo anterior (y muchos suponen que en contraste ideológico) se encuentra el principio de la no-identidad de la Constitución con las cosmovisiones sobre la sociedad y sobre el mundo: morales, ideológicas, religiosas.[158] En Alemania este principio ejerce una atracción especial debido a la experiencia con el nacionalsocialismo: la desacreditación de la distancia entre derecho y cosmovisión que era

[156]Regresaremos a ello en el capítulo 10, IV.

[157]Michael Perry, Morality, Politics and Law, Londres 1988, habla de un Rückgriff a las moral aspirations del pueblo. Un tono más reservado muestra Ronald Dworking, Taking Rights Seriously, Londres 1978, cuando habla de constitucional morality, o Neil MacCormick hablando de institutional morality (Institutional Morality and the Constitution, en: Neil MacCormick/Ota Weinberger, An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht 1986, p.171-188.

[158]Compárese con Herbert Krüger, Staatslehre, 2ª edición, Stuttgart 1966, p.178 y ss.; Alexander Hollerbach, Ideologie und Verfassung, en: Werner Maihofer (editor), Ideologie und Recht, Francfort 1969, p.37-61 (52 y ss.); Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre 3ª edición, Munich 1971, p. 112 y s.

tenida por los nazis como reliquia del Estado de derecho liberal.[159] No obstante, un análisis más profundo muestra rápidamente que esta aparente contradicción entre no-identidad y recurrir a los valores, se puede disolver. La no-identidad se presenta con otros nombres como pluralismo. Por lo pronto esto significa que la Constitución acepta diferentes concepciones del mundo en el terreno de la política y que, como texto exclusivo del derecho, no se inclina por ninguna de ellas. Además en el texto se encuentra una pluralidad de valores diferentes sin que haya *ninguna regla consistente para dirimirlos.* Piénsese, por ejemplo, en libertad e igualdad. Esto remite a que la Constitución presupone un sistema jurídico operante, para decidir sobre tales conflictos; es decir, la Constitución remite hacia dentro del derecho y no hacia afuera. Con ello confirma indirectamente (y en la práctica inevitablemente) que el derecho se remite en todo lo que afirma a sí mismo, y que todos los accesos hacia los valores acostumbrados o a los puntos "más altos" de la sociedad sólo sirven para conformar una decisión: parten del derecho y regresan al derecho.

En la República Alemana se notan tendencias de este tipo. El Supremo Tribunal de Justicia (Verfassungsgericht) ha evitado a toda costa que se entienda su opinión en calidad de convicción moral del pueblo alemán. Sin embargo, ha traducido los derechos fundamentales de corte liberal-clásico en programas generales de valores, para no perder el control jurídico del desarrollo del Estado de bienestar orientado por fines. Mientras que en todas partes los conceptos normativos de los valores están fuera de moda (sobre todo en la filosofía), curiosamente se los encuentra arraigados en las sentencias de la Suprema Corte y en los credos programáticos de los partidos políticos. En ambos casos la referencia a los valores confiere legitimidad y mantienen -en el caso de conflicto entre valores, es decir: en todas las decisiones-, abierta la conclusión. ¿De ello se puede deducir un proceso de des-diferenciación (Entdifferenzierung), entre sistema jurídico y sistema político?

¡De ninguna manera¡ Tan sólo en el nivel organizativo la separación se conserva. Las redes recursivas de la asignación del sentido se distinguen perfectamente. El sistema jurídico sigue el dictado de las pretensiones de consistencia. Los programas de los partidos poíticos, de manera bastante superficial, se perfilan en referencia a la oposición. Precisamente la diferenciación de los sistemas pone de manifiesto por qué continuamente se tiene que estar decidiendo sobre los valores en el sistema del derecho y en el político. Por ejemplo: la pregunta acerca de la "legitimidad" democrática del Supremo Tribunal. En este nivel el sistema jurídico se aleja de los conceptos dogmáticos claros y los sustituye por medio de la sujeción de sus propias decisiones (que sólo se modifican con cautela) al tribunal. En el sistema político existen inercias similares: permanecer en las formas habituales de absorción de inseguridad frente a los conflictos conocidos que implican riesgos -riesgos que, en otras partes, ya se ha aceptado afrontarlos.[160] Si se hace una

---

[159]Véase a Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Grossdeutschen Reiches, Hamburgo 1939; hay que volver a este escrito frecuentemente.
[160]Acerca de ello, también Niklas Luhmann, Die Unbeliebtheit der politischen Parteien, en: Siegfried Unseld (editor), Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland, Francfort 1993, p.43-53.

comparación mundial, un arreglo de este tipo podría obtener la calificación de "satisfactorio". Sin embargo, nadie querrá afirmar que con esto estén agotadas todas las posibilidades de racionalidad contenidas en la diferenciación por funciones de los sistemas.

VIII

Igual que otros sistemas que se encargan de una función, también el sistema jurídico, en la alternancia de sus operaciones, dispone de un símbolo con el que genera la unidad del sistema. Con un símbolo de este tipo no se trata de la descripción del sistema, sino de una función operativa, a diferencia de las teorías de reflexión sobre el derecho que abordaremos en el capítulo 11. El símbolo no efectúa una conexión entre observaciones, sino un enlace entre operaciones -a pesar de que todas las operaciones, incluyendo el símbolo, se puedan observar dentro del sistema. La simbolización operativa se plantea en un nivel más bajo que el de las observaciones. Este nivel es indispensable para la continuidad entre operación y operación, es decir, para la producción de referencias recursivas y para encontrar las operaciones enlazantes -independientemente de lo que un observador, posteriormente, diferencie y designe con ello. Escogemos el concepto símbolo porque se trata de conservar y reproducir la *unidad* del sistema dentro de la diversidad de su operación. Esto lo logra, en el sistema del derecho, el símbolo de la validez jurídica.[161] En forma abreviada hablaremos simplemente de validez, allí donde no sea de esperarse alguna interpretación errónea.

De la misma manera que el dinero, la validez es un símbolo sin valor intrínseco. La validez no remite a la calidad de la ley, ni a la reglamentariedad de un juicio o de un contrato. La validez esquiva cualquier ponderación cualitativa, ya que esto conduciría a una mejor (o peor) validez. Una disposición de la comisión de la Comunidad Europea -que modifica la tercera disposición de la misma comisión- acerca de los procedimientos que son admisibles para determinar el sexo de los reptiles en propiedad de personas físicas es válida, independientemente de que no esté claro que existan casos para aplicar tal disposición e independientemente de si los reptiles que se encuentran en los zoológicos caigan dentro de ese ordenamiento. "Validez" significa, de nuevo como el dinero, únicamente la aceptación de la comunicación: la autopoiesis del sistema jurídico. Esto de ninguna manera excluye la reglamentariedad de contratos inmorales o de leyes anticonstitucionales [162] -pero entonces no sobre base de la cualidad intrínseca de la norma, sino sólo en referencia al derecho vigente, y bajo las condiciones que él prescriba en calidad de validez jurídica.

---

[161]"Validity is a quality ascribed to the system as a whole", así dice, por ejemplo, Alf Ross, On Law and Justice, Londres 1958, p.36.

[162]Y esto con motivo de reflexiones jurídicas. Si se consideraran iguales la anticonstitucionalidad y la no-validez del la ley, esto paralizaría decisivamente al valor del tribunal constitucional, en cuanto al control jurídico constitucional del legislador, con miras a las consecuencias - lo que se podría considerar como deseable o también como desventajoso.

Este es el punto que se tendría que discutir con Habermas.[163] Él sostiene que la validez del derecho está sustentada sobre una cualificación normativa -se podría quizás formular: sustentada sobre la legitimidad (Gültigkeit) de la validez, dado que sólo de esta manera tanto el sistema político como el del derecho podrían quedar legitimados. A primera vista esto es evidente. Pero ¿cómo se puede cumplir esta pretensión? Aquí, Habermas aplica una "ética del discurso" elaborada detalladamente. La premisa fundamental se resume así: "Válidas son aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrían dar su consentimiento".[164] Sin embargo un criterio así en vistas de poder diferenciar la validez de la no validez no puede ser comprobado en el fuero juridisccional: no es justiciable, no se puede practicar dentro del sistema jurídico mismo. Una mirada rápida a las afectaciones que se producen por cuestiones de "ecología", debería ser suficiente para aclarar esto.[165] Lo de Habermas puede funcionar sólo como ficción legal.[166] Se supone que el requerimiento de un consentimiento racional se cumple, si se observan las reglas habituales de procedimiento reguladas por el derecho estatal. Partiendo de este supuesto, se podrían desarrollar ciertas mejoras en los procedimientos legales -aunque esta introducción (o no introducción) de mejoras, no tendría efectos sobre la validez del derecho. Un sistema de test universal consistente en la validez/no validez normativa, al parecer no se puede transformar en un programa practicable. La validez se fundamenta en una especie de idealización de lo ausente.

Lo ineludible de la legitimidad ficcional del derecho pone de manifiesto que un concepto de validez que no se sostenga en normas -y que evidentemente se pueda, después, condicionar-, hace mayor justicia a la discrepancia de complejidad entre sistema y decisión. Desde el punto de vista de la historia, esta concepción de validez como símbolo de la unidad del derecho, sustituye la pregunta por las fuentes del derecho y, con ello, sustituye el punto de partida de todas las teorías "positivistas" del derecho.[167] El concepto de fuente del derecho fue planteado demasiado alto. Por ejemplo, esta metáfora llevó a Savigny a rechazar la idea del contrato como "fuente jurídica".[168] Además este concepto de

---

[163]Véase a Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskussionstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992.

[164]En el lugar citado, p.138

[165]En el fondo, Habermas generaliza solamente la vieja regla liberal de que cualquiera pueda aprovechar su libertad (= tomar en cuenta la validez), mientras que esto no dañe a otros (= los afectados no podrían contradecir con razones sensatas). No obstante, es difícil imaginarse tan sólo un caso, en el cual esta regla fuera aplicable, bajo las condiciones actuales (palabras claves: democracia, justa distribución, afectaciones ecológicas).

[166]Habermas mismo habla de “suposición de aceptabilidad racional”, en el lugar citado, p.188.

[167]Sin embargo, esto no es válido para el discurso normal teórico jurídico acerca de la validez del derecho. Este discurso refleja casi todas las controversias que se desarrollan actualmente dentro de la teoría del derecho y en la que falta una delimitación del fenómeno frente a otros aspectos de la evaluación del derecho. Compárese tan sólo con François Ost/ Michel van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droît, Bruselas 1987, página 257 y ss. y la literatura ahí analizada.

[168]Véase a Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts tomo 1, Berlín 1840, p. 12., sin embargo, esto contradice al derecho civil romano. Precisamente los romanos había hablado de lex contractus (agradezco esta información a Dieter Simon) y se habían referido, con ello, a la determinación del contenido mediante el contrato. Y todavía en las reconstrucciones del derecho natural acerca del concepto de contrato ampliado correspondientemente, se lee: “Les conventions tiennent lieu des loix.” (Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 2ª edición, París 1697, tomo 1,p.72) Sólo hasta que

fuente seduce para que se busque una referencia externa -para Savigny: pueblo; para otros, "authority" impuesta políticamente=autoridad institucional; para la sociología temprana del derecho, los "folkways, el "derecho vivo", los órdenes preestablecidos de las expectativas-, aunque la fuente no puede modificar la ley escrita, sino en el mejor de los casos la reinstitucionaliza.[169] En cambio en el caso del símbolo de validez, se puede imaginar la unidad del sentido como una cosa puramente interna que circula dentro del sistema. Finalmente el concepto de fuente del derecho sirve como figura de fundamentación, como criterio para aquellas situaciones de aplicación de la ley en las que se duda si el derecho es válido como derecho. El símbolo operativo de validez jurídica, en cambio, se refiere a las modificación de las disposiciones de derecho, dado que una modificación (ya sea que se efectúe por legislación o por contrato), se puede efectuar sólo cuando se parte del hecho de que actualmente un determinado derecho *no* tiene validez.

La situación de si el sistema jurídico utiliza las fuentes para aclarar su dudas, se convierte en una cuestión empírica. Este asunto se puede comprobar. Sin embargo, con ello no queda agotada la semántica de la validez. Adicionalmente habrá que preguntar acerca de la función que cumple la forma de validez: la distinciónción validez/no validez. El que se esté efectuando una transición hacia una teoría de sistemas autorreferenciales, clausurados en su operación, obliga a esta revisión de teoría. La validez es un "valor específicamente propio" del sistema jurídico que surge de la realización recursiva de las operaciones propias del sistema[170] y *que no puede ser utilizado en ninguna otra parte.*

Aunque todavía, dentro de la teoría del derecho, el concepto de fuente del derecho se utiliza por parte de los juristas, hace ya tiempo que se le viene sustituyendo por figuras que se podría designar como figuras de disolución de aquellas paradojas que tienden a la externalización (desdoblamiento de la tautología). Aquí se trata, siguiendo los desarrollos de la lógica y de la lingüística, de un metanivel en el que las reglas regulan las reglas. La "norma fundamental" de Kelsen es una oferta semejante de teoría; las "secundary rules of recognition" de Hart es otra. La solución probablemente más convincente de un problema planteado de esta manera se encuentra en el recurso de facto de la utilización del lenguaje por parte de los juristas.[171] El punto de partida de esta reflexión es: todo derecho es derecho vigente. El derecho no vigente no es derecho. Por lo tanto, la regla que hace reconocible la validez, no puede ser una de entre las reglas vigentes. En general no puede

---

se impuso el positivismo de la legislación, parece que se llegó al hecho de que se perdiera de vista la estrecha relación entre la disposición legal y la contractual. En la actualidad esto no ha cambiado para nada- y esto vale sobre todo para el derecho laboral-, aunque se discute la concepción contraria. Véase acerca de ello, a Klaus Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, Munich 1969, sobre todo p. 77 y ss.

[169]Véase tan sólo a William Graham Sumner, Folkways: A Study of the Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals (1906), Reedición Nueva York 1960; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913), Reimpresión Berlín 1967. Acerca de la modificación hacia una teoría de la doble institucionalización, ver Paul Bohrmann, Law and Legal Institutions, International Encyclopedia of the Social Sciences tomo 9, Chicago 1968, p.73 - 78.

[170]Compárese bajo aspectos teóricos sociales más generales con Robert Platt Reflexivity, Recursion and Social Life: Elements for a Postmodern Sociology, The Sociological Review 37(1989), pp. 636-667.

[171]Así, Alexande Peczenic, The Concept of "Valid Law", Stocolmo 1972, también en: Scandinavian Studies in Law 1972.

haber en el sistema una regla que regule la aplicabilidad/no aplicabilidad de todas las reglas. El problema se tiene que "gödelizar" (Gödel) recurriendo a una referencia externa. Entonces el lenguaje, o sea la sociedad es una salida convincente, dado que el derecho es finalmente un área parcial de la comunidad lingüística, además de que todo los lenguajes científicos deben quedar integrados finalmente en el lenguaje cotidiano. El desdoblamiento de la tautología "derecho es derecho vigente" por medio de la distinción de varios niveles de regulación, tiene su razón de realidad en el hecho de la diferenciación social; es decir: en la diferenciación de un sistema jurídico dentro del sistema de la sociedad.

Sin embargo, el concepto mismo de varios niveles no es ningún medio lógico adecuado, dado que en el momento en que se pregunta por la unidad de la pluralidad de niveles, lo que se paradojiza, entonces, es la diferenciación de los varios niveles del lenguaje o de la regulación misma. El problema se plantea, pues, para un observador que debe utilizar distinciones para designar algo (en nuestro caso el derecho vigente), cuya unidad no se puede observar simultáneamente cuando lo que se aplica es una distinción. Por ello, trasladamos el problema hacia el nivel operativo y consideramos el símbolo de la validez jurídica solamente como la transición de una situación de derecho hacia otras; es decir: la unidad de la diferencia entre un estado de derecho vigente anterior hacia uno vigente posterior.[172]

Como símbolo de unidad del derecho, la validez jurídica está más allá de la diferencia entre pregunta normativas y cognitivas. Frente a esta diferencia la validez tiene un estatuto ambivalente. En esta comprensión, la validez no es ninguna condición a priori del conocimiento (aunque no existiría el objeto de conocimiento, derecho, sin la validez). La validez no tiene la forma de una afirmación cognitiva acerca del derecho.[173] Tampoco es el resultado del efecto de una causa externa -de una razón de validez trascendente, trascendental o inmanente autoritaria ("estatal"). La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema.

La validez tampoco es una norma,[174] ni una norma fundamental, ni una metanorma.[175] No se trata de una expectativa diseñada para hacer frente, protegiéndose, al hecho de su decepción.[176] Aquello que en el sistema jurídico tiene validez, no es que

---

[172]Es obvio que con ello, no está resuelto el problema del observador. No obstante, una vez asegurada la operatividad de la autotransformación, es decir, la autopoiesis del derecho, y un procedimiento adecuado de identificación, se le puede permitir a los observadores sostener teorías diferentes.

[173]Muchas teorías de validez teórico jurídicas presuponen esto, y entonces son incapaces de diferenciar la distinción validez/no-validez de la distinción entre afirmaciones ciertas y afirmaciones falsas acerca del derecho.

[174]También la teoría de las instituciones llega al mismo resultado, con una terminología diferente. Ver sobre todo Santi Romano, L'ordinamento giuridico (1918), reimpresión de la segunda edición, Florencia 1962.

[175]En la mayoría de los casos, se pregunta, en referencia a Kelsen: ¿Qué estatuto especial con referencia a la validez, tiene una norma fundamental: extrajurídico, hipotético, moral? Véase, por ejemplo, a Julius Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings, Stanford Cal. 1964, página 203 y. Ss.

[176]Acerca del concepto de norma aquí presupuesto, con más detalle, más adelante, capítulo 3, II.

además deba tener validez: tiene validez, o no la tiene. Por ello el sistema jurídico puede modificar aquello que tiene validez, sin violar su propia norma. En todo caso, la modificación del derecho no se bloquea sólo por la pretensión de validez del derecho, sino por la normatividad del procedimiento que regula y limita cómo se puede generar la validez jurídica; lo que significa: cómo se puede modificar el derecho. Dentro del derecho constitucional existen incluso normas que determinan que no se pueden modificar ciertas normas -incluidas ellas mismas. Esto desemboca en una paradoja que se ha discutido ampliamente.[177] Se podría modificar la disposición que prohibe la modificación -y seguirse de esta manera en un regreso ad infinitum. Por eso, el problema no se puede controlar normativamente: hay que gödelizarlo haciendo intervenir a la política. Esto significa: vigilarlo políticamente. Dicho de otra manera: la paradoja de la modificación se puede desdoblar, diferenciando entre normatividad y validez, y luego contando con que políticamente se crea derecho vigente al introducir una variante a la prohibición de modificar la Constitución -así, el carácter de este proceso proceso en calidad de infracción de la norma es paradójico y, precisamente por eso, no tiene consecuencias.

De esta manera, la validez ciertamente no es una norma, pero sí una forma. Como forma, el símbolo de la validez marca la diferencia entre dos lados: validez y no validez. La validez, en la terminología de Georg Spencer Brown, es el lado interior de la forma y la no validez el lado externo. El sistema requiere tiempo para pasar de un lado de la forma al otro: del estatuto de validez al de la no validez, y al revés; de la observación y descripción de que las normas son válidas, hacia la observación de que ya no son válidas. En cualquier caso, la forma existe sólo como forma de dos lados: el uno no puede existir sin el otro. En todo caso, ambas designaciones -la positiva y la negativa- son resultado de operaciones internas al sistema y están relacionadas con estados internos. También la no validez (por ejemplo, la nulidad de un contrato o de una ley), es un estado del sistema jurídico y no de su entorno. Como en el caso de todos los símbolos, en el de la validez hay una contraparte diabólica. La operación empieza, por ejemplo, bajo el supuesto de que hay ciertas condiciones de validez, y luego posteriormente resulta que eso estuvo equivocado. O también, por ejemplo, que las decisiones se hayan tomado bajo supuestos de largo plazo (inversión de capital) en condiciones de validez, mientras que de súbito se modifica la ley, y lo vigente se convierte en no vigente.

Es necesario, además, observar el hecho de que el símbolo de validez reacciona a la dinámica propia del sistema jurídico y que se hace indispensable sólo cuando el sistema ya está lo suficientemente diferenciado como para *poderse modificar a sí mismo*. Ya en la Edad Media la legalidad del derecho (si fuera posible formularlo de esta manera) se

---

[177]Véase, p. ej., a David R. Dow, When Words Mean What We Believe They Say: The Case of Article V, Iowa Law Review 76 (1990). Dow localiza en ello, remitiendo a la tora, una paradoja justificada religiosamente y, por ello, no resoluble mediante el pensamiento. Compárese, también, con Peter Suber, The Paradox of Self-Amendment, Nueva York 1990, con la tesis de una salida democrática participativa (¡o sea, política!). Argumentamos dentro del texto, al contrario: que cualquier paradoja puede ser desdoblada mediante distinciones adicionales, sin embargo, no de una manera controlada lógicamente y, por eso, obligatoria.

consideraba una cuestión dada y que podía inquirirse por medio del conocimiento -aun cuando se trataba de legislación.[178] La fuente del derecho se sustentaba en la convicción de que aquello era legal y formaba parte de un orden necesario para la convivencia humana (opinio iuris, opinio necessitatis). La práctica regulativa, principesca, citadina, podía en realidad ser concebida como una de estas necesidades de ordenamiento. No era pues motivo para referir el concepto de validez (o de fuente del derecho) a una producción exclusiva del derecho.[179] El voluntarismo teológico de la Edad Media tardía (Ockham sobre todo) abre el paso a un nuevo tratamiento del problema: el que se refiere a la voluntad y a la auctoritas. El símbolo actual de validez es un logro de la semántica de la modernidad.

El símbolo de la validez será anexado a las expectativas normativas del sistema. Cualifica a las normas como válidas (o como no válidas). Esto ocurre, sin embargo, cuando se modifica una situación de derecho. Un observador es libre de determinar, en el momento elegido por él, qué derecho es válido (y cuál no). La validez, hasta aquí, está considerada en términos de duración: limitada temporalmente, retractable. Las *teorías de la validez* que tratan de fundamentarla en una inicio, una razón, en la voluntad de Dios o en otras instancias de autoridad, son teorías de un observador de este tipo. De esta manera, el sistema jurídico se puede también observar a sí mismo; por ejemplo, en conexión a las reformas o a los registros existentes. No obstante, por este camino nunca se puede llegar a reconocer la unidad del sistema. Cualquier observación debe reducir la complejidad que ya ha sido reducida; es decir, debe proceder selectivamente. El proceso real de revalorización permanente de lo vigente se sustrae a la observación. Se requeriría una buena cantidad de trabajo teórico, para hacer plausible que allí se encuentran las raíces de la validez.

Dado que la validez no es otra cosa que un símbolo de asociación que va anejo a todas las operaciones, no se puede validar de manera puntual, sino sólo de manera recursiva: recurriendo al recurso del derecho vigente.[180] La validez tiene por efecto producir enlaces dentro del sistema. Solamente allí radica el sentido de la sanción -que debe estar presupuesta junto con todas las otras sanciones, si es que ha de ser comunicada en calidad de sanción jurídica. Con normas no vigentes, no se puede hacer nada dentro del sistema. La mejor prueba: no habría nadie que se atreviera a afirmar que mediante normas no vigentes, ha podido obtener derechos. Impulsos de esta naturaleza se convierten automáticamente en disputas acerca de la validez del derecho o acerca de la modificación del derecho vigente. El valor negativo de la no-validez sirve sólo como valor de reflexión: aclara las condiciones de validez, pero no las posibilidades propias de conexión de las

---

[178]Ver por ejemplo, Juan B. Vallet Goytisolo, Del legislar como "legere" al legislar como "facere", en, de él mismo, Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico, Madrid 1982, p. 939 -988.

[179]Aun para los historiadores del derecho que se refieren simplemente al hecho de la legislación existente (por ejemplo, Joachim Rückert, Autonomie des Rechts in Rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988), esto no ha sido siempre claro.

[180]De manera similar Ost/van de Kerchove en el lugar citado, (1987), p.225 "A l'idée d'une validité conçu comme obligatoriété et a priori nous opposons l'idée d'une prétention à la validité qui demande à être confirmée et évaluée"- Compárese también p.228, 283 acerca de la recursividad, y acerca de la "valiation" con Michel van de Kerchove/François Ost, Le système juridique entre ordre et désordre, París 1988, p.142 y ss.

operaciones. La forma validez/no validez se distingue también del código derecho/no derecho que también está estructurado de forma positivo-negativa. Por eso este código puede prever que lo no conforme a derecho (injusticia) tenga consecuencias jurídicas: castigos, responsabilidad por daños causados, ineficiencia legal de determinadas acciones. También los presos tienen derechos que pueden hacer valer en caso dado.[181] Por lo demás todo mundo tiene derecho a que se determine de manera legal, el hecho de que actúa de manera ilegal. Por lo tanto, para cruzar de un lado al otro -cruzar el límite- del código derecho/no derecho, se requiere del símbolo de la validez. Las posibilidades de enlace se producen en relación con el derecho vigente: tanto para determinar acciones particulares en calidad de legales, como para el caso contrario de la ilegalidad.

Siguiendo sugerencias de Talcott Parsons, se puede designar la validez como un símbolo que circula, puesto que en cada utilización se transfiere a las operaciones subsecuentes: por ejemplo, la solvencia en la economía; el compromiso colectivo en la política. El símbolo se transfiere de operación en operación y consiste únicamente en esta reproducción permanente. No es el símbolo de una "existencia" a lo largo de la cual transcurre el acontecer fáctico jurídico. Es un símbolo de la estabilidad dinámica del sistema que se manifiesta en la recursión y en la anticipación a lo pasado y a lo futuro. La validez del mañana es, con tal que la función del símbolo sea la misma, otra validez, ya que hoy se decidirá algo. Ya lo habíamos expresado: el derecho es una máquina histórica que con cada operación se transforma en otra máquina.

Algo semejante significa el concepto lingüístico del "desplazador" (shifter). Se trata de un símbolo (en la lingüística son los pronombres personales) que puede ser utilizado sólo en referencia al proceso que lo utiliza y que por ello, de caso a caso, cambia de referencia.[182] El símbolo renuncia, pues, a referencias externas estables, pero precisamente por ello expresa, dentro del sistema, el anclaje existencial que utilizan estos desplazadores: equipan al sistema con un dispositivo de dinámica controlada que lo hace diferente del entorno.

No obstante, no cualquier comunicación jurídica transporta validez: por ejemplo, no es válida la pura notificación de las pretensiones legales. Se debe tratar de decisiones válidas. Sin embargo estas decisiones no se encuentran sólo en las decisiones del legislador y las de los tribunales, sino también, y en más amplio grado, en la conformación de las corporaciones y en los contratos que afectan y modifican la situación legal.[183] Para la

---

[181]No sin problemas -como se sabe de la práctica. Véase a Jim Thomas, Prisoner Litigation: The Paradox of the Jailhouse Lawyer, Totowa N.Y. 1988.

[182]Compárese con Roman Jakobson, Verschieber, Verbkategorien und das russische Verb, en, de él mismo, Form und Sinn: Sprachwissenschaftliche Betrachtungen, Munich 1974, p. 35 -54.

[183]Aquí, la teoría del derecho debe reaccionar a la circunstancia de que desde el siglo XVIII y en reacción a la economía monetaria diferenciada, el símbolo de la validez *también* se pone a disposición de los particulares, y, a pesar de ello, no pierde nada de su eficacia: otra prueba de la diferenciación entre el sistema jurídico y el sistema político. Compárese también con Arthur J. Jacobson, The Private Use of Public Authority: Sovereignty and Associations in the Common Law , Buffalo Law Review 29(1980) páginas 599-665; Morton Horwitz, The Transformation of American Law 1780-1860,1977, p. 160. Regresaremos explícitamente a ello en el capítulo 10.

validez es suficiente la declaración unilateral (por ejemplo, el testamento), pero no los hechos (que luego disparan consecuencias legales) como tales: la muerte de un testador, o una acción delictiva. Así como con el pago en moneda en el sistema económico, también en el sistema jurídico la transferencia de validez no es idéntica con la totalidad de operaciones del sistema. Pero en el asunto de la validez se trata de operaciones que efectúan la autopoiesis del sistema y sin las cuales no sería posible la diferenciación de un sistema jurídico, clausurado en su operación.

Una teoría del derecho que se escriba para el sistema, dentro del sistema, ha de esmerarse, una y otra vez, por alcanzar una forma asimétrica de validez jurídica, que se puede describir sólo como círculo. Así, los autores de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 dieron gran importancia -a pesar de todo el respeto al nuevo término de texto de La ley-, al hecho de que la Constitución "constituye" únicamente la unidad del pueblo y el instrumento de gobierno, pero que de ninguna manera era el sustento de los derechos individuales para quienes se escenificaba todo esto.[184] Los derechos individuales *se reconocen en el sistema jurídico y por él se especifican*. Si se observa esta descripción, es fácil notar que ella es sólo una fórmula con la que se dispone acerca de la validez dentro del sistema.

Hart busca una salida de otra índole. Reconoce como insuficientes las jerarquías inmanentes del derecho (teorías de niveles), no obstante rechaza también la externalización de la validez que se ayuda de referencias extrajurídicas o de derecho natural. Su propuesta de sustitución consiste en la distinción entre dos tipos de reglas: rules of obligation y rules of recognition. Sin embargo, esta solución tiene que pagar después el costo de la renuncia de la validez de las rules of recognition (dado que esto haría necesario, a su vez, otras rules of recognition). Una rule of recognition" can neither be valid nor invalid but is simple accepted as appropriate for use in this way".[185] Esto tiene todas las ventajas (y desventajas) de una solución. En la historia de la teoría esto lleva el nombre de David Hume y, sobre todo, esta solución deja abierto el asunto de cómo deba comprenderse la unidad del sistema (la "unit of primary and secondary rules" de Hart), compuesta por obligaciones y hábitos, por reglas vigentes y no vigentes (pero no inválidas). A esto es precisamente a lo que responde el

---

[184]En este sentido, fue consecuente que se diferenciara de manera redaccional entre la Bill of Rights y la Constitución, -así sucedió en la Constitución de Virginia de 1736 con la famosa declaración "Bill of Rights" y como consecuencia de ello "The Constitution or Form of Government" ver el texto en: Francis N. Thorpe (editor) The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and Other Organic Laws tomo 7, Washington 1909, página 3812-3819. Aun la Constitución de Virginia de 1830 cita solamente la declaración de los Bill of Rights y dice que ella "shall be prefixed to this constitution and have the same relation there to as it had to the former constitution of this commonwealth"(en el lugar citado, página 3820) El concepto enfático de Constitución, que incluye los derechos humanos, permite a la vez, que surja la sospecha de que estos derechos se devalúen correspondientemente y que ya sólo sean derecho positivo, i.e., que puede ser modificado con la misma Constitución. Entonces, la Constitución se debe percibir como autojustificante. Compárense los fuertes argumentos de Ronald Dworkin, en Taking Rights Seriously, Londres 1978. Se debe añadir aún que este problema no se puede presentar formalmente en la Common Law inglesa, dado que los límites "constitucionales" del poder legislativo se interpretan de por sí, como resultado de un largo desarrollo histórico de la protección del derecho individual.
[185]De esta manera H. L. A. Hart, The Concept of Law , Londres 1961, p.105 y s.

concepto de autopoiesis. Ya que en todo caso se trata de operaciones integradas a la red del sistema. Por eso nos gustaría hablar de "practices of recognition" -ya que si el sistema externaliza razones para procurarse validez, la externalización subsiste como una operación interna al sistema. En el plano de la observación de segundo orden no se pueden evitar las definiciones circulares, entonces no queda más que admitir *asimetrizaciones temporales*. En cada momento es válido como derecho (o como discrepante con el derecho), lo que anteriormente se haya determinado en calidad de vigente.

Las teorías clásicas de la jerarquía de la validez presuponen siempre una escala duradera; es decir: que puede ser reutilizada en distintas ocasiones. La mirada puede ir de arriba hacia abajo y de regreso, para buscar la determinación de las razones de la validez. La teoría de la validez temporal que aquí presentamos, omite esa premisa. La validez es un producto del sistema, por eso no hay necesidad de estarla reelaborando de momento a momento. Por consiguiente la validez se asegura únicamente mediante la integración recursiva de las operaciones a la red, con el mínimo de esfuerzo con respecto a la información (redundancia). Esto significa también que el sistema produce su propia individualidad, dado que el tiempo es factor de individualización, por la selectividad a la que obliga: del 1 hacia el 2 sólo se puede hacer un movimiento.

En cambio, la disposición que va de la jerarquía al tiempo permite renunciar a la fundamentación normativa de la validez a partir de una "norma superior". Cualquier fundamentación normativa de la validez se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponer su propio etcétera. Por ello, la única base de la validez se encuentra en el tiempo; más exactamente: se encuentra en la simultaneidad de todas las operaciones fácticas del sistema sociedad y de su entorno: todo lo que sucede, acontece simultáneamente en el ahora -y no en el pasado ni en el futuro. Los horizontes de tiempo son, en lo concerniente a la actualidad, horizontes vacíos que sirven sólo para orientar el presente y para que se cambie junto con él. Simultaneidad significa: no poder influir causalmente ni saber lo que acontece en ese lapso de lo simultáneo; por eso se depende de las suposiciones, de la ficciones, de las imputaciones. Sobre la base de esa *incapacidad* se sostiene el símbolo de la validez. No se puede hacer otra cosa sino suponer, sin necesidad de análisis, que otras operaciones del sistema jurídico y de su entorno social y psíquico confirmarán, en un momento dado, el símbolo de la validez. Por ello, la única prueba de validez se encuentra en la continua modificación del estado de validez del sistema, en el permanente enlazamiento de operación con operación; esto es, en la autopoiesis del sistema. Como producto colateral de este autoaseguramiento permanente del sistema surge aquello que el observador describe como complejidad. Para esto no hay ninguna razón última, sino sólo: la limitación y el modo de producción de la validez.

IX

Además del símbolo formal de la validez jurídica, el sistema del derecho dispone de una segunda posibilidad de expresar su unidad operativa, bajo la forma del *principio de igualdad.*[186] Desde la antigüedad este principio pertenece al acervo de concepciones de cualquier cultura del derecho. Y se lo acepta como si fuera obvio por sí mismo. La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho, en los casos de disputa. En esta función adopta también el nombre de "justicia".[187] El hecho de que ya no se pueda preguntar por otra fundamentación superior, es un indicio seguro de que tenemos ante nosotros una figura de alta relevancia teórica. No obstante, ¿qué tiene que ver esto con la unidad operativa del sistema?

Lo primero que salta a la vista es el hecho de que no se afirma que todo sea igual o que todo deba igualarse. La igualdad es una forma que vive gracias a que tiene una contraparte: la desigualdad. La igualdad sin la desigualdad no tendría sentido: y viceversa. Lo igual debe tratarse con lo igual, y lo desigual se debe tratar de manera desigual. Si se enuncia un concepto normativo de igualdad, se llega a la regla aristotélica de que lo igual debe tratarse como igual y lo desigual como desigual. Por lo tanto, se trata de un esquema de observación que sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que por sí mismo no determina la preferencia por la igualdad -sería poco plausible que se prescribiera que todos los delincuentes deberían ser castigados de la misma manera. Por lo tanto, la forma de la igualdad sirve para contrastar las desigualdades. Éstas, a su vez, deben tener un tratamiento igual dentro de las diferencias descubiertas, hasta que esta igualdad sugiera, nuevamente, la observación y designación de la desigualdad. Como toda comparación, ésta sirve para descubrir las desigualdades y lleva de la mano a la pregunta de si estas desigualdades impiden que se les trate por igual. Esta es precisamente la pregunta que ha tenido un significado práctico en el desarrollo del derecho.

A partir de esta posición de la forma se puede transformar la igualdad en norma. El tratamiento de lo igual servirá entonces como regla, a partir de la cual son posibles las excepciones cuando la desigualdad de los casos sea patente. El tratamiento de lo igual contiene en sí mismo una razón suficiente; lo desigual, en cambio, requiere fundamentación. La simetría de la forma bilateral será convertida en asimetría mediante el esquema: regla/excepción.

Con todo es la forma y no la norma la que cierra el sistema: "Distinction is perfect continence".[188] La distinción igual/desigual contiene todo, incluyéndose a sí misma, dado que el teorema de la igualdad se debe aplicar por igual en todos los casos. Con una mirada de mayor precisión se reconoce allí un programa de disolución de la paradoja. La universalidad del teorema (continence) de la igualdad significa que *sólo existen casos*

---

[186]Compárese también con Raffaele de Giorgi, Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità, Sociologia del diritto 18 (1991) p. 19 - 31.

[187]Regresaremos explícitamente a ello en el capítulo 5

[188]Georg Spencer Brown en el lugar citado, p. 1.

iguales en su aplicación: no hay desiguales. Desde esta perspectiva el teorema de la igualdad representa el sistema dentro del sistema: no requiere razones adicionales. El truco lógico (o el salto lógico de la paradoja hacia la asimetrización de una regla manipulable) consiste en interpretar la forma, como norma.[189]

La forma de la equidad es de una formalidad extrema, tanto que se puede adaptar a la forma cambiante del proceso de diferenciación del sistema social. En las sociedades estratificadas, precisamente el estatuto social diferente justificaba el tratamiento desigual: Unde oportet quod etiam leges imponantur hominibus secundum eorum conditionem.[190] En una sociedad diferenciada por funciones se modifica únicamente el punto de referencia. Desigual es ahora, aquello que debe ser tratado desigualmente en las operaciones internas de los sistemas para que ellos puedan cumplir con su función. La forma de la igualdad ya no es más el reconocimiento de las esencias de acuerdo a similitudes y diferencias, sino la dinamización del sistema global por medio de la continua repetición de la pregunta: esto ¿es igual o desigual?[191]

Por lo demás, actualmente se debe distinguir entre utilización política o jurídica del teorema de la igualdad. La política exige que los seres humanos sean tratados como iguales. El derecho exige que los casos sean los que se traten como iguales. La norma constitucional de la igualdad puede conducir, como norma jurídica, a la situación de que la igualdad política se interprete como igualdad/o desigualdad de los casos. Aunque esto nunca se logra en la política ya que ella se exige a sí misma absorber todos los nuevos impulsos de igualdad para transformarlos en derecho: en casos de derecho. El esquema igual/desigual genera una demanda de criterios, pero él mismo no determina los criterios necesarios. La igualdad por sí misma no es ningún criterio de igualdad -como la verdad no es ningún criterio de la verdad. Mientras que en el derecho natural se partía más bien de los principios de razón, la Common Law se ha fijado más en la continuidad histórica de las distinciones, a partir del siglo XVI. Se parte (y se partía) del hecho de que siempre está presente una tradición de decisiones jurídicas que han resuelto el tratamiento de lo igual y lo desigual. En esta tradición, el juez encuentra el esquema igual/desigual en forma concreta. Si quiere hablar de justicia, deberá atenerse a esta tradición; esto le permite

---

[189]Aquí se sugiere pensar en una inversión teológica a la hora del juicio final. Dios también utiliza el teorema de la igualdad como programa para la disolución de las paradojas, sin embargo, en dirección inversa. Trata a todos los pecadores de manera desigual (no obstante, se espera que no sea así con todos los pecados), es decir, como individuos. Para su práctica del teorema de la equidad, no existe el caso igual.

[190]Tomás de Aquino, Summa Theologiae I a II ae q.96, art 2, citado de acuerdo a la edición Turín 1952, p. 435.

[191]De esta manera, por ejemplo, Guido Calabresi, A Common Law for the Age of Statutes, Cambridge Mass. 1982, p.13 y s., con la ayuda de la jurisdicción acerca de la equal protection clause: "The most powerful engine of change in the Common Law was, strangely enough, the great principle that like cases should be treated alike" (13) De manera similar también - justitia semper reformanda - Reinhold Zippelius, Der Gleichheitssatz, Veröffentlichungen de Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 47 (1991), p.7-32 (31 y s.) Sin embargo, este efecto de dinamización es generalmente tan obvio que la mirada está dirigida más hacia aquellas razones (jurídicas y sociales), que dificultan la imposición de las modificaciones legales.Véase sobre todo a Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: a Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968; Dinah Khosla, Untouchability - a Case Study of Law in Life, en: Adam Podgorecki et al. (editores), Legal Systems and Social Systems, Londres 1985, página 126-173.

decidir y seleccionar, por su parte, aquellos casos en los que el tratamiento deberá ser desigual cuando descubre desigualdad. Se podría decir: el juez tiene capacidad para la decidir sobre la igualdad cuando descubre lo inequitativo y lo expone de manera convincente. La "racionalidad" de esta praxis se encuentra en el manejo de la forma de dos lados (igual/desigual) que ha posibilitado, como lo muestra la experiencia, un enlace continuamente actualizado entre continuidad e innovación.[192] Al contrario, el derecho natural (derecho de razón) que se basa en principios, tendrá que tratar con la improductividad de su interpretación y, por ello, tenderá a dejar la resolución de la tarea de codificación y de innovación al legislador: éste se dejará aconsejar por expertos universitarios.[193] Pero independientemente del camino que la evolución del derecho tome, los resultados se observan y se refinan con la ayuda del esquema: igual/desigual. Este esquema es expresión de la evolución del proceso de la diferenciación y esto, en última instancia, significa: generación de más igualdades y más desigualdades. Con este esquema los casos nuevos que se reconocen como desiguales se subsumen bajo una regla que posibilita convertirlos en una serie respectiva de casos iguales. El esquema igual/desigual se reproduce dentro de sí mismo: sirve como principio de bifurcación del sistema. Bifurcación significa siempre: construcción de un orden histórico irreversible. Después la autoevaluación de este procedimiento se expresará con el concepto de justicia. Esto le ha conferido a la tradición la posibilidad de exigir, aprobar, criticar...

Si, como fundamento, se coloca una conceptuación de teoría de sistemas, resaltan aspectos completamente diferentes. Se comprende entonces cómo se pone en marcha la autopoiesis del sistema jurídico, debido al hecho de que no sólo se recuerdan los materiales de los conflictos, la solución de los conflictos en casos aislados, las pretensiones rechazadas o aceptadas como acontecimientos históricos, sino que todo esto se refleja y se recopila como orientaciones para la praxis futura. Dado que los casos nuevos se pueden considerar tanto iguales como desiguales, la tradición sola no determina las decisiones futuras. Lo que se debe aceptar es la integración recursiva de las decisiones anteriores y posteriores a la red del sistema: a esto precisamente llamamos la unidad operativa del sistema. Lo que es conforme (o discrepante) con el se puede averiguar solamente confrontando decisiones anteriores y, en menor medida, anticipando las posibilidades futuras. La forma bilateral que sirve como hilo conductor para todo esto es la forma: de la igualdad. Esto significa: en la decisión acerca de si los diferentes casos se deben tratar de manera igual o desigual, se deben observar únicamente las distinciones generadas internamente en el sistema.

---

[192]Compárese acerca de ello con Gerald J. Postema, Bentham and Common Law Tradition, Oxford 1986, p.3 y ss.: W.T. Murphy, The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition, The Modern Law Review 54 (1991), p. 182 - 215

[193]Véase la tipología de los juristas de R.C. van Caenegem, Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History, Cambridge Inglaterra 1987.

En este sentido interesa la igualdad de lo distinto y en correspondencia no es lo mismo la desigualdad que la diversidad. La diversidad debe haber existido ya en el Paraíso, en la mítica comunidad originara. De acuerdo a la representación antigua la diversidad es un momento de la perfección de la creación. La desigualdad, en cambio, se genera inmediatamente después del pecado original o, de acuerdo con el derecho natural, mediante el aprovechamiento diferenciado de la propiedad.[194] El esquema de observación igual/desigual es un esquema universal y, al mismo tiempo, altamente específico a diferencia del simple reconocimiento de la diversidad. El esquema igual/desigual pone en marcha la historia del sistema y de esta manera conduce al establecimiento (y a la modificación) de criterios que son sólo válidos para el sistema que toma sus decisiones precisamente orientado por dicho esquema. En esto es válido aquello que se observa en los sistemas clausurados en su operación: que no pueden importar estructuras de fuera, sino que con ayuda de las propias operaciones las establecen, las modifican, o las abandonan al olvido.

Finalmente el análisis que ha precedido permite ordenar el derecho-a-la-igualdad dentro del marco normativo general de los derechos humanos e incluso considerarlo como paradigma de esos derechos. Con ello nos separamos de la interpretación jurídica de los derechos humanos -que de cualquier manera es necesaria para la praxis jurídica. Los derechos humanos tienen que ver con la complejidad de las circunstancias, es decir, tienen que ver esencialmente con los efectos de la diferenciación funcional. Los derechos humanos son el correlato de la apertura estructural de la sociedad de cara al futuro. Si los individuos tienen acceso a los sistemas de funciones de manera diferenciada, y si la inclusión se regula conforme a criterios internos (que deciden lo que es igual o desigual) de estos sistemas que atienden a una función -es decir: si todo esto pertenece a los imperativos estructurales de la sociedad moderna-, entonces *no se puede decidir de antemano lo que cada quien tenga que decir o lo que cada quien tenga que aportar.* Bajo estas circunstancias los supuestos acerca de la "naturaleza" del hombre y de los derechos que de manera concluyente de allí se desprendan son, en el mejor de los casos, detalles pintorescos para justificar las decisiones. Los derechos humanos sirven, en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas. Ninguna clasificación, ninguna subdivisión y mucho menos ninguna clasificación política sobre los hombres debe limitar el futuro, sobre todo cuando los seres humanos pertenecen al entorno del sistema. El futuro, en cambio, resulta de la autopoiesis y del structural drift de la sociedad -siempre imposible de pronosticar desde el presente.

Hasta aquí los análisis han concernido exclusivamente a un segmento de la problemática de la igualdad: a la semántica de la forma que obliga al sistema a la producción de criterios propios. Pero independientemente, existe un segundo problema: la

---

[194]Acerca de ello, explícitamente Niklas Luhmann, Am Anfang war kein Unrecht, en Gesellschaftsstruktur und Semantik tomo 3, Francfort 1989, p.11-64.

igualdad de la competencia dentro del sistema. Aquí no se trata de un problema de autonomía sino uno de inclusión.[195] Las probabilidades de tener éxito ante el tribunal y las probabilidades de influir en la legislación varían según sea la estratificación social -y esto precisamente porque la habilidad en el hablar, el ser competente en los sistemas de interacción y la supuesta civilidad varían según sea el estrato de donde se provenga.[196] Las diferencias en el acceso y la habilidad de actuación dentro del derecho, no tienen ninguna función: vistas desde la perspectiva de la función y de la autonomía del derecho. Es difícil determinar cómo cada una de estas habilidades influirá en el sistema -a no ser que se trate de casos particulares o de ámbitos específicos de problemas.[197] Los esfuerzos internos que se han hecho en el sistema jurídico para compensar las probabilidades de éxito (la defensoría de oficio en la línea de aligerar los costos del proceso) encuentran su límite en el hecho de que, aun en la sociedad moderna, subsiste la estratificación. A propósito, los intereses de clase inferior son para el sistema de derecho sólo eso: intereses cuya fundamentación no resulta del hecho de que se pertenezca a un estrato inferior, ni tampoco del hecho del interés en sí. Un caso jurídico no se debe decidir de otra manera sólo porque el perjudicado pertenezca a un estrato desfavorecido -a no ser que la ley misma prevea algo de esta índole.

X

Hemos dedicado mucho tiempo a la descripción de la unidad operativa del sistema jurídico. Esto no era posible evitarlo, porque no se pueden emprender trabajos empíricos o incluso explicaciones causales, mientras no se sepa con exactitud sobre lo que se está hablando. La teoría de sistema aumenta las exigencias de precisión y el grado de diferenciación de las descripciones. Sin embargo esto no significa que el potencial de las motivaciones ya estén agotadas, o que las investigaciones ya se den por concluidas.[198] En el siguiente paso preguntaremos por las condiciones estructurales de esta unidad operativa. El punto de partida será el presupuesto de que deben existir dispositivos estructurales que aumenten la probabilidad del cumplimiento de la expectativa normativa: en caso contrario el

---

[195]De otra manera, debido al hecho de que parte de un concepto causal de autonomía, Richard Lempert, The Autonomy of Law: Two Visions, en: Gunther Teubner (editor), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlín 1988, p.152-190 (166 y s.)

[196]Véase para una elaboración teórica a Marc Galanter, Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law and Society Review 9 (1974), p. 95 -160.

[197]Para lo cual también existen muchos documentos, por ejemplo, Marvin E. Wolfgang/Marc Riedel, Race, Judicial Discretion, and the Death Penalty, Annals of the American Academy of Political and Social Sciences 407 (1973), p.119-133.

[198]La demanda frecuentemente escuchada acerca de una comprobación empírica de los análisis teórico sitémicos tienen toda la razón; no obstante, está fuera de lugar en cuanto al *concepto* de autopoiesis y permanece, en la mayoría de los casos, tan falto de especificación que se debe suponer que la demanda de lo empírico se hace escuchar como reflejo condicionado, siempre que alguien se siente atraído hacia terrenos desconocidos. Y mucho más inapropiada es la queja, que se escucha en conexión con ello, acerca del grado de abstracción de la teoría de los sistemas, dado que las así llamadas investigaciones empíricas se mueven, tan sólo por razones metódicas, en un nivel de abstracción mucho más alto: sólo que no lo saben.

desarrollo no se alejaría de las trivialidades y se detendría en las estructuras más elementales de las relaciones humanas.[199]

Nos conformaremos con la discusión de dos condiciones distintas -que se entrelazan en el transcurso de la evolución del derecho, a partir de formas de combinación muy distintas y que varían tanto histórica como culturalmente. Por un lado, se debe especificar de manera suficiente aquello que el derecho exige para hacer posible la reutilización, el volver a retomar, la expansión que condensa y que confirma. Por el otro, el derecho debe tener altas posibilidades de que se imponga, ya que de otro modo más bien uno se doblegaría ante los hechos. Las cosas no pueden suceder de tal manera que a la persona cuyas expectativas de derecho se frustraran, se le confortara con sólo decirle: sin embargo usted se mantuvo en la expectativa correcta.[200] Debe suceder algo en favor de una imposición real o compensatoria de su derecho.

La especificación de las expectativas jurídicas es, en primer lugar, una cuestión de la memoria de la sociedad; después, más y más, una cuestión de limitación de aquello que se debe conservar en calidad de premisa para los tratamientos de casos futuros. Primero depende, pues, de la memoria de los vivientes, del recuerdo; posteriormente, del registro por escrito. Con esto, la memoria no es simplemente la provisión de los hechos pasados, sino en primera línea un modo de organizar el acceso a la información. Es esta organización, y no lo que realmente sucedió en el pasado, lo decisivo para la realización de las operaciones concretas del sistema -que se efectúan siempre en el presente. La reconstrucción temporal que se ayuda de la distinción pasado/presente es sólo un medio auxiliar de lo que en verdad es más bien una construcción de la memoria. La memoria legitima sus propios productos, bajo ciertas condiciones: la referencia al origen, el recurso a la duración prolongada, la consistencia. Aunque la memoria puede funcionar de manera simplemente fáctica: no debe recordar cada vez que se intenta abrir la puerta que eso se hace dando vuelta a la manija y que si no se logra es que está cerrada. Por lo tanto se puede afirmar que la memoria pone a disposición del modo recursivo de operar del sistema, "valores específicamente propios".[201] Las sociedades que sólo disponen de la comunicación verbal dependen de la memoria de los sistemas psíquicos: tanto de su capacidad de

---

[199]Actualmente existen ideas bastante escépticas acerca del grado de cumplimiento de la expectativas del comportamiento, dentro de sociedades tribales muy simples (todavía no “colonizadas”). Compárese, p. ej., con Leopold Pospisil, Kapauku Papuans and Their Law, New Haven 1958, reimpresión 1964, especialmente p.250; Ronald M. Berndt, Excess and Restraint: Social Control Among a New Guinea Mountain People, Chicago 1962.

[200]La religión cumple en ciertos aspectos con esta función de la simple constatación. Con ello se compromete con los problemas de la explicación del sufrimiento, de la injusticia, de la desgracia. En cierta manera, la religión parece cristalizarse precisamente en el punto de insuficiencia de la imposición del derecho, estimulada por las expectativas de las concepciones morales recientes, las cuales no deben ser sancionadas jurídicamente. Esto se puede reconocer contrastando las nuevas pretensiones de motivación frente a los hechos jurídicos registrados mediante el principio de venganza, sobre todo en el viejo testamento.

[201]En el sentido de Heinz von Foerster, Gegenstände: greifbare Symbole für (Eigen)verhalten, en Sicht und Einsicht: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie, Braunschweig 1985, p.207 -216. Ver también: Gedächtnis ohne Aufzeichnung en el lugar citado, p. 133 - 171, y de él mismo, What is Memory that it May Have Hindsight and Foresight as well, en: Samuel Bogoch (editor), The Future of the Brain Sciences, Nueva York 1969, p.19-64.

recordar, como de la capacidad de narrar plausiblemente lo que sucedió a quienes no lo vivieron. La vejez se transforma en autoridad. Se sabe que en esta memoria puede haber fluctuaciones respecto de la adecuación de la normas a las circunstancias nuevas. La inseguridad que de aquí se desprende, sin embargo, generalmente no es muy alta, porque el margen de acción diseñado para lo normativo no es muy grande.

En cuanto la escritura se vuelve disponible, la memoria del sistema pierde la facilidad del olvido, del descarte y de la reconstrucción de un pasado recortado al talle. La memoria se endurece mediante la escritura, además de que se decondiciona psíquicamente. La discusión más impresionante de este problema original se encuentra en el derecho judaico[202] -con diferenciaciones muy precisas para el sentido que nos ocupa. El derecho de la Torah se revela en el Monte Sinaí, es decir, se trata de un texto determinado por la religión. La Torah fue revelada a Moisés que podía *oír*, y al pueblo que podía *ver* lo que había sucedido. Esta revelación fue hecha tanto para la tradición *escrita* como para la *oral*, con lo cual se garantizaba la autenticidad de la base textual y simultáneamente se podían pulir las asperezas originales.[203] Por eso la tradición debe transmitir tanto el *consenso* como el *disenso*; tanto la opinión de la mayoría que conduce a decisiones obligatorias, como las concepciones que se oponen pero que encuentran fundamento en el texto revelado: precisamente su inexactitud confirma su carácter religioso.[204] Naturalmente que estas son distinciones de un tiempo posterior: después de la segunda destrucción del Templo. Estas diferenciaciones ponen de manifiesto de manera impresionante el desdoblamiento de la paradoja original del derecho. Y si este documento se pudo considerar como sustento de una tradición de varios milenios sin necesidad de Estado, entonces eso muestra que allí se encontró, bajo condiciones muy particulares, una solución estable. Sin embargo, cualquier intento de acomodo en esa tradición acaba enredándose en la paradoja y acaba enredando la libertad de solucionar problemas, debido al encajonamiento del consenso o del disenso. No sorprenderá a nadie que a los autores judíos les sea más fácil reconocer la paradoja constitutiva del derecho.[205]

Por esta razón, la escritura parece haber sido la ocasión de representar la unidad del derecho mediante distinciones: la unidad, pues, se formula sólo de manera paradójica. Aun

---

[202]Acerca de ello generalmente Arthur J Jacobson, The Idolatry of Rules: Writing Law According to Moses, With Referenc to Other Jurisprudences, Cardozo Law Review 11 (1990), p.1079-1132.

[203]Véase a Georg Horowitz, The Spirit of Jewish Law (1953), reimpresión Nueva York 1973; Louis Ginzberg, On Jewish Law and Lore (1955), reimpresión Nueva York 1977. Geza Vermes, Scripture and Tradition in Judaims - Haggadic Studies, 2ª edición Leiden 1973 (en gran parte, exegético); de él mismo, Scripture and Tradition in Judaism: Written and Oral Torah, en Gerd Baumann (editor), The Written Word: Literacy in Transition, Oxford 1986, p.79-95; Elizer Berkowitz, Not in Heaven, The Nature and Function of the Halakha, New York 1983, sobre todo p.50 y ss.; Jose Faur, Golden Doves with Silver Dots: Semiotics and Textuality in Rabbinic Tradition, Bloomington Ind. 1986, sobre todo p. 84 y ss.; compárese también con Ishak Englard, Majority Decision vs. Individual Truth: The Interpretation of the "Oven of Achnai" Aggadah, Tradition: A Journal of Orthodoxe Jewish Thought 15 (1975), p. 137-152.

[204]Véase a Jeffrey I. Roth, Responding to Dissent in Jewish Law: Suppression Versus Self-Restraint, Rutgers Law Review 40 (1987), p.31-99; de él, The Justification for Suzanne Last Stone, In Pursuit of the Countertext: The Reclaiming of Jewish Sources in Contemporary American Legal Scholarship, Ms. 1992.

[205]Compárese tan sólo con Benjamin N. Cardozo, The Paradoxes of Legal Science, Nueva York 1928.

donde esto no se pueda sostener con claridad, se puede observar que el sistema jurídico reacciona a la fijación escrita mediante correctivos: libertad de interpretación, establecimiento de procedimientos para modificar el derecho o también las expansiones hacia ámbitos no registrados jurídicamente.[206] Por consiguiente el sustrato material de la memoria del sistema, la escritura, produce efectos notorios sobre el desarrollo mismo del derecho[207] -aunque sólo desde el momento en el que las normas jurídicas ya están lo suficientemente especificadas. Se debe recordar únicamente el derecho que ya ha sido comprobado, y no el puramente afirmado; se deben recordar sólo los aspectos normativos del caso y no la argumentación lograda en circunstancias discutidas. Es decir, se debe tener en la memoria sólo aquello que realmente ha servido para la puesta en marcha de la autopoiesis y que pueda ser reutilizado para ese fin. Esto implica un esfuerzo tan altamente selectivo, frente a los azares de la memoria y al olvido general, que el aseguramiento institucionalizado de los roles comprueba su eficacia, imponiéndose en la evolución. Paralelo a la decisión directa de las disputas, esta institucionalización se convierte, de forma indirecta, en una función de largo plazo de la administración de justicia.[208] Si se dispone ya de este logro evolutivo entonces es posible pensar en la legislación, es decir, en la programación obligatoria de las decisiones del juez.

Por lo pronto la pura selección de normas que ameriten ser conservadas, vuelve improbable el hecho de su imposición, en el caso de que la expectativa de alguien se haya frustrado. Porque no está clara la situación de los intereses y las disposiciones que deban intervenir para apoyar al decepcionado, cuando sus expectativas son tan particulares que ningún otro se puede colocar en una situación semejante. Por lo tanto, el apoyo sólo puede venir de la participación generalizada, de la pertenencia jerárquica a gremios pequeños o grandes,[209] y finamente mediante el aseguramiento de un sistema político claramente diferenciado. Esto requiere de una especificación funcional de la política que esté orientada

---

[206]En este sentido, no parece ser ninguna casualidad el hecho de que el término policía, de la Edad Moderna temprana, fue introducido en aquella época en la cual se empezó a difundir la impresión de libros, o sea, alrededor de 1500. Policía significa precisamente: autorización de regulación dentro de ámbitos que no estaban (en aquel entonces) sujetos a la jurisdicción y a textos fijos.

[207]Independientemente del contexto formal mencionado en el texto arriba, existen naturalmente también conexiones semánticas que conciernen a la conceptualidad del derecho. Compárese, acerca de los efectos de la escritura alfabética, con Eric A. Havelock, The Greek Concept of Justice: From its Shadows in Homer to its Substance in Plato, Cambridge Mass. 1978.

[208] Aquí es secundario saber cuándo y gracias a qué circunstancias especiales la institución pueda decidir de manera obligatoria acerca de las disputas legales o si sólo influye efectivamente sobre su arreglo. Las Rank societies (sociedades con jefes de tribu) normalmente no funcionan sin un efecto de obligación asegurado jurídicamente (o sea, circularmente) (Acerca de las rank societies compárese , p. Ej., con Morton H.Fried, The Evolution of Political Societies: An Essay in Political Anthropology, Nueva York 1967.) Aun para la sociedad descrita por Homero, esta pregunta no se puede contestar de manera segura. En este sentido, tampoco se puede decidir con seguridad si la institución ha generado el cumplimiento de la función de la estabilización selectiva, o a la inversa, la función ha generado la institución. En todos estos casos, el establecimiento de un logro depende de la evolución, y evolución significa: refuerzo, producido circularmente, de una desviación del estado anterior (deviation amplification).

[209] Ampliamente investigado en relación con la sociedad segmentaria. Véase, p. ej., a Max Gluckmann, Custom and Conflict in Africa, Oxford 1955; P.H.Gulliver, Structural Dichotomy and Jural Processes Among the Arusha of Northern Tanganyika, Africa 31 (1961) p.19-35.

hacia las decisiones colectivas vinculantes (también en espacios en los que no tiene presencia el derecho: decisiones sobre la paz o la guerra) y que puede lograr ese aseguramiento utilizando el control de la fuerza pública.

En contra de una primera impresión, esto no significa que el sistema jurídico y el sistema político formen un único sistema. No obstante estos dos sistemas dependen de formas particulares de acoplamiento estructural y se encuentran enlazados por medio de ellas. Una de las invenciones más importantes y ricas en consecuencias, en este ámbito, es la institución romana del Pretor quien era el encargado de formular las condiciones bajo las que habría que admitir una demanda (es decir: encargársela a un tribunal) y procurar la garantía de ejecución de la sentencia.[210] A partir de la reutilización de fórmulas de esta naturaleza fue como se desarrolló el sistema jurídico de acciones en Roma; a partir de su interpretación en la docencia y en la praxis casuística, fue como se desarrolló lo que conocemos como Derecho Romano. Las Constituciones modernas, como explícitamente lo explicaremos, constituyen un equivalente funcional de aquello.

Como resultado, esta rama de la evolución ha cumplido con la promesa sembrada dentro de ella misma: llegar a un sistema altamente complejo de expectativas normativas protegidas jurídicamente, y que además tienen la garantía, política, de que se puede exigir su cumplimiento. Esto naturalmente no significa que el nivel de felicidad de los seres humanos haya efectivamente ido en aumento y mucho menos significa que el derecho refleje el estado fáctico que la sociedad ha alcanzado. El puro hecho de la estructura contrafáctica de las normas se opone a ello, y tampoco la garantía política del derecho puede asegurar que todas las expectativas queden satisfechas. Habrá que desviarse hacia las compensaciones del no cumplimiento, sobre todo, hacia los castigos y los pagos pecuniarios. Lo que indiscutiblemente sí se alcanzó fue el surgimiento de una complejidad particular a partir de un sistema jurídico diferenciado, clausurado en su operación.

[210] Acerca de lo extraño de esta institución desde perspectivas modernas, véase a Franz Wieacker, Vom Römischen Recht, Leipzig 1944,p.86 y ss. Acerca del desarrollo de la institución de la praxis de emitir edictos y del agere per fórmulas, compárese también con Mario Bretone, Storia del diritto romano, Bari 1987, p.139 y ss. Acerca de las condiciones muy similares del surgimiento de la Common Law, véase a Hans Peter, Actio und Writ: Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, Tübingen 1957.

CAPÍTULO 3
La función del derecho

I

La pregunta acerca de la función del derecho se plantea aquí en relación con el sistema de la sociedad. Dicho de otra manera: se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico determinado. Por eso quedan excluidas, por sobre todo, las preguntas psicológicas y antropológicas.[211] Aunque eso no necesariamente significa que haya que rechazarlas por erróneas. El problema consiste en que los seres humanos se manifiestan como individuos y que es difícil controlar afirmaciones acerca del hombre, de la conciencia, de la persona. Por el contrario: entendemos la sociedad como un sistema unitario que aunque se puede observar empíricamente, ya que se presenta de modo concreto en las comunicaciones habituales, es altamente complejo. Por lo mismo no habrá que buscar (ni verificar) afirmaciones que se puedan generalizar recurriendo a un sinnúmero de sistemas diversos.

En cuanto a la sociedad, se puede discrepar si existen (y en caso dado, en qué sentido) "problemas de referencia", además de funciones, independientes de la diferenciación de las operaciones de los sistemas correlativos. Es evidente el peligro de una simple respuesta tautológica (pero esto también les sucede a los principios utilitaristas y orientados por necesidades). Este asunto lo remitimos a la abstracción: el problema de referencia de la función del derecho lo definimos en un plano más abstracto que como lo hace el mismo derecho. Un lógico, quizás, describiría esto como la apertura de la tautología; es decir: como disolución del círculo autorreferencial en identidades que son diferenciables. La hipótesis señala: el derecho resuelve un problema temporal que se presenta en la comunicación social, cuando la comunicación en proceso no se basta a sí

[211]Sobre todo Helmut Schelsky, basándose en Malinowski, ha defendido una posición decididamente opuesta. Véase: Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, en: Helmut Schelsky, Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen 1980, pp. 95-146. Cfr. además Norberto Bobbio, L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi, en id., Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi ti teoria del diritto, Milán 1977, pp. 89-121 (111ss.), con una distinción entre referencias funcionales-sociales e individuales.

misma (ya sea como expresión, ya sea como "práctica") y tiene que orientarse y expresarse en expectativas de sentido que implican tiempo. La función del derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos,[212] esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación. Expectativa quiere aquí decir: no sólo el estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido, en la comunicación.

Al resaltar la dimensión *temporal* como base de la función del derecho, nos encontramos en oposición a la doctrina antigua de la sociología jurídica que acentuó su función social recurriendo a conceptos como los de "control social" o "integración".[213] Al seleccionar estos conceptos -que son centrales para la comprensión de los sistemas sociales-, se corre el riesgo de desconocer las singularidades del derecho.[214] Toda la ventaja de enfocar una función única (o por lo menos primaria) se paga con una sobrecarga, por razón de las equivalencias funcionales, y esto trae por consecuencia que la diferenciación del derecho se capte sólo en el plano de las profesiones o de las organizaciones. La relevancia social del derecho es innegable; su función integradora, sin embargo, puede ser puesta en duda. Esto ha sido señalado reiteradamente, sobre todo por el movimiento del *critical legal studies* y por los críticos inspirados en Marx. Evitaremos esta controversia mediante una reorientación del problema situándolo en la dimensión temporal. El significado social del derecho lo reconocemos cuando hay consecuencias sociales debido precisamente a que se han estabilizado las expectativas temporales.

---

[212]En la perspectiva individualista (y después utilitarista), el autor más prominente para esta cuestión es Jeremy Bentham. Véase acerca del tema seguridad de la expectativa en Bentham Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford 1986, pp. 159ss.

[213]Cfr. Roscoe Pound, Social Control through Law, New Haven 1942; Talcott Parsons, The Law and Social Control, en: William M. Evan (edit.), Law and Sociology, Nueva York 1962, pp. 56-72; con una retrospectiva de la correspondiente historia de la teoría de una sociología del derecho que no valoraba suficientemente el derecho en su función social, cfr. idem., Law as an Intellectual Stepchild, en: Harry M. Johnson (edit.), Social System and Legal Process, San Francisco 1978, pp. 11-58. Además, Harry C. Bredemeier, Law as an Integrative Mechanism, en: Evan, op. cit., pp. 73-80: F. James Davis et al., Society and the Law: New Meanings for an Old Profession, Nueva York 1962, pp. 39ss: Manuel Atienza, Introducción al Derecho, Barcelona 1985, pp. 61ss: Donald Black, The Social Structure of Right and Wrong, San Diego 1993. Hoy en día tenemos que mencionar sobre todo a Jürgen Habermas como representante de una función socio-integradora del derecho. Véase: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992. A lo largo de su realización sistemática de esta idea se muestran las dificultades paradigmáticas en las que uno se mete cuando se tratan de denominar las operaciones que realmente cumplen con esta integración. ¿Se trata tan sólo de un intercambio de conjeturas acerca de que se *podría* alcanzar una comprensión comunicativa? y, entonces, ¿cómo? ¿O simplemente se trata de “los círculos comunicativos, de foros y comunidades, prácticamente sin sujetos”? (op. cit., p. 170)? ¿O se trata de la elocuente empatía de aquellos que en cualquier ocasión expresan su consternación acerca de la consternación de los afectados? ¿O cómo es posible -para argumentar con un caso-, encontrar una regulación de los problemas de inmigración, “que esté en el interés equitativo de miembros y de solicitantes” (op. cit., p. 158), si primero hay que descubrir cuál es la reglamentación con la que todos podrían concordar?

[214]A eso se refiere el término de la “Double institutionalization” en Paul Bohannan, Law and Legal Institutions, Internacional Encyclopedia of the Social Sciences, t. 9, Chicago 1968, pp. 73-78. El autor, sin embargo, señala más el problema que su solución.

Es evidente que todas las operaciones sociales emplean tiempo. Aun cuando la comunicación individual dure sólo un instante (e incluso cuando no tiene duración porque desaparece de inmediato), para su determinación depende de un entramado comunicacional que recurre al tiempo; es decir: debe referirse a comunicaciones ya ocurridas y a posibles enlaces futuros. Toda comunicación fija el tiempo en el sentido de que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación.[215] De esto hay que distinguir la fijación de sentido que se empleará para un uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas.[216] A esta fijación de sentido le llamaremos semántica. Sólo un almacenamiento semántico que se destina al uso repetido conduce a consolidaciones en el tiempo[217] -esto es lo que trataremos a continuación.

Las reutilizaciones del sentido que ha sido comunicado se deben a un doble requerimiento, y su resultado final será un sentido que queda fijo en el lenguaje y en una comunicación socialmente diferenciada. Por un lado, el sentido utilizado se tendrá que condensar para asegurar que se le reconozca en un contexto diferente. De este modo se producen invariancias reidentificables. Por otro, el sentido que se reutiliza se tiene que confirmar en un contexto diverso. De esta manera es como se produce el excedente de remisiones de sentido (mostrables fenomenológicamente), que vuelven indefinible toda consolidación concreta del sentido. Por eso, para cada utilización futura será obligatorio echar mano de una selección.[218] En forma extremadamente abstracta hemos descrito cómo se genera el sentido.[219] Únicamente quien comparte esta lógica de condensación y confirmación de sentido participa en la comunicación y acopla su conciencia con las operaciones sociales.

---

[215]Si bien se puede boicotear explícitamente este enlace de tiempo, mediante interrupciones; pero aquí sólo se llama la atención a lo que de otro modo ocurriría de todas maneras.

[216]Suponemos aquí que esta ocupación del sentido es un mérito de la comunicación sistémica, y no un mérito de la conciencia; ni mucho menos una representación de situaciones externas en la conciencia. Acerca de la critica de tales (ciertamente frecuentes) ideas, cfr. Dean MacCannell / Juliet F. MacCannell, The Time of the Sign: A Semiotic Interpretation of Modern Culture, Bloomington Ind. 1982, especialmente pp. 152s.; Benny Shanon, Metaphors for Language and Communication, Revue internationale de systémique 3 (1989), pp. 43-59. La posición que aquí se manifiesta, obliga luego a abandonar la idea de que la comunicación sea la “transferencia” de un significado prefigurado a otro sistema.

[217]En este sentido, Alfred Korzybsky, Science and Sanity: An Introduction to Non-aristotelian Systems and General Semantics (1933), 4ª ed. Lakeville 1958, habla de la time-binding como de una función del lenguaje.

[218]Con esta tesis del doble requerimiento, mas no con su interpretación, seguimos a George Spencer Brown, Laws and Form, cit. según la reedición Nueva York 1979, p. 10.

[219]Véase, más detalladdamente, a Niklas Luhmann, Identität - was oder wie, en id., Soziologische Aufklärung, t, 5, Opladen 1990, pp. 14-30.

En una conceptuación muy vaga esta circunstancia ha sido denunciada como poder o dominio del lenguaje.[220] Con todo, así no se responde la pregunta decisiva: ¿cómo se puede explicar la ubicuidad del poder en un sistema altamente complejo? Evitaremos palabras tan fuertes y los prejuicios que llevan implícitos. Sostenemos, sin embargo, que ya en este nivel la consolidación temporal no se obtiene sin consecuencias sociales. Esto es todavía más válido en cuanto nos acerquemos al campo de las expectativas normativas y, de allí, a la función del derecho.

Las repeticiones que hacen posible las condensaciones y las confirmaciones que las acompañan, reducen el espectro de la arbitrariedad de la relación entre signo y significante. Por eso surgen normas acerca de la forma correcta de hablar y, todavía más, normas acerca del tratamiento adecuado del lenguaje: estas normas se aceptan y se cumplen *a pesar de que son posibles de otra manera*. Las sanciones surgen, como lo han mostrado investigaciones "etnometodológicas", en la autocorrección de la comunicación.[221] Las normas reducen la contingencia de la limitación de la contingencia; es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos. La única alternativa a esta normatividad fundante es, como lo ha subrayado Durkheim, la anomia. La esquematización de correcto/falso, aceptable/inaceptable, normal/anormal o, finalmente, derecho/no derecho, se encuentra, tomando en cuenta *ambos* lados de la distinción al *interior* del orden social. También el lado negativo está dentro del ámbito de lo comprensible; es más, justo en torno a ese lado puede haber (y habrá) comunicación. La evaluación negativa de la posibilidad de desviación a causa de la norma, determina el costo social de la consolidación temporal y, a la vez, quién tendrá que pagarlo. Esta evaluación negativa se señala *en* el sistema y no se le deja, ignorada, en el ámbito del entorno.

Por supuesto que en el sistema del derecho no sólo se trata de la valoración comunicativa de la comunicación sino -¡sobre esta base!- de la comunicación de todos los modos de comportamiento que el derecho abarca y normatiza. Esto incluye las condiciones de desarbitrarización de los signos y el enlace del tiempo debe hacerse consciente bajo la forma del "no derecho" establecido y que puede ser materia de atribución. La problemática social aumenta bruscamente cuando para asegurar estos enlaces temporales hay que introducir determinadas expectativas que ni siquiera corresponden a la realidad y que

---

[220]Pierre Bourdieu por ejemplo habla de pouvoir symbolique, rapports de force, domination ante cualquier alternativa entre libertad y obligación. Véase entre otros: Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques, París 1982. Acerca de la aplicación de un uso lingüístico político, cfr. Wolfgang Bergsdorf, Herrschaft und Sprache: Studien zur politischen Terminologie der Bundesrepublik Deutschland, Pfullingen 1983; aquí, el autor se muestra claramente reservado ante las posibilidades de una manipulación exclusivamente lingüística. También la clara queja acerca de la "falta de lenguaje" de las mujeres y de su detrimento a causa de ciertos casos de diferenciación lingüística de género, pertenece a este contexto.

[221]Cfr. Harold Garfinkel, Studies in Ethnomethodology, Englewood Cliffs N.J. 1967.

incluso producen desencantos. Quien ya reconoce estas expectativas de antemano debe resolver conflictos sin saber quién participará en ellos y cómo lo hará. La fijación del tiempo prejuzga la toma de partido en la sociedad. La libertad del comportamiento se reduce con anticipación, si no de facto, sí en el plano de las expectativas. Quienes por razones personales, (circunstanciales, objetivas) quisieran actuar en contra de las expectativas, se verían perjudicados de antemano. El derecho discrimina.: decide a favor de uno y en contra de otro -y esto en el marco de un tiempo futuro que no puede ser previsto.

La problemática de tales enlaces de tiempo se suele encubrir, desde el momento en que al derecho se le atribuye la función de motivar. Eso está incluido en la simbología del "deber ser" de las expectativas. También a los disprivilegiados por el derecho (asesinos, ladrones) se les considera capaces de aprender, de adaptarse, a pesar de que las conductas delictivas no tienen que ver con su propia vida, con su propiedad, sino con la de los demás.[222] Sin embargo eso sucede porque se quiere tener seguridad respecto de un futuro de inherente incertidumbre.

Esta relación que mantiene la función del derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización, que es propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo se producen indicaciones generales independientemente de las circunstancias, sino que los símbolos se refieren a lo invisible: al futuro que no puede ser visible. Mediante las simbolizaciones, como bien se sabe por la religión, la sociedad produce estabilidades y sensibilidades específicas. Se confía en el símbolo porque lo que se quiere designar no se puede ver. El signo, según nos lo define el concepto de símbolo, se vuelve reflexivo como signo cuando se le designa como signo. Con todo, no se puede descartar plenamente que se imponga una realidad distinta y que al final se caiga en el engaño: los efectos que surgen de allí pueden ser mayores que las circunstancias que los provocaron.

La referencia temporal del derecho no se encuentra, pues, ni en la vigencia de las normas (que se dividen en variables e invariables), ni en la historicidad inmanente del derecho.[223] Tampoco se encuentra en que la "materia" del derecho -la conducta humana- haga presencia en el espacio y en el tiempo. La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de

---

[222]La apertura y la necesidad de delimitación que se hace visible aquí, fue reconocida y tematizada sobre todo por Thomas Hobbes -sin ninguna influencia en la práctica jurídica de su época: como es sabido. Como ha de mostrar nuestro texto, ni siquiera es necesario utilizar el lenguaje (si bien cercano al derecho) de los “derechos subjetivos”, para formular el problema. Con este paso hacia la abstracción, la visión de una teoría política que fue formulada todavía en el contexto de la “civil society”, se amplía hacia una teoría social en la cual el sistema político y el sistema jurídico realizan funciones de los sistemas parciales.

[223]Especialmente para este punto, Mario Bretone, Le norme e il tempo: Fra tradizione classica e coscienza moderna, Materiali per una storia della cultura giuridica 19 (1989), pp. 7-26.

la expectativas, ante un futuro incierto -genuinamente incierto. Por eso con las normas varía la medida en la que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad.

El incremento de los enlaces de tiempo en la línea de expectativas contrafácticas está en contradicción con aquello que se desearía como conveniente en el ámbito social. En la dimensión social, la extensificación e intensificiación de los enlaces temporales normativos producen nuevas oportunidades de consenso y de disenso: situaciones en las que la decisión propia debe tomar partido a favor o en contra de la expectativa. Los enlaces temporales producen, como dicen los partidarios del "labeling approach", desviación y, por supuesto también, conformidad. El resultado es justamente la forma bilateral (consenso/disenso) con la que se crea tensión en la sociedad. El resultado es una encrucijada, con la consecuencia típica de toda bifurcación: producir historia según sea el camino que se tome; además, a causa de la desviación acumulada, un pequeño punto de salida puede tener grandes efectos, después.

Expresado de manera general este análisis muestra que los enlaces de tiempo no se obtienen sin costo social. O dicho de manera todavía más general: se puede distinguir analíticamente la dimensión temporal dentro la dimensión del sentido, pero por el hecho de que las dimensiones de sentido están implícitas en toda vivencia, empíricamente no se pueden aislar. Por consiguiente, el derecho se presenta como una forma relacionada con el problema de la tensión entre dimensión temporal y dimensión social y es el que permite soportarla -aun en condiciones de incremento evolutivo de la complejidad social. No están todavía decididos los límites en los que es posible soportar esa tensión, ni cuánto tiempo más podrá durar. La forma del derecho, sin embargo, se encuentra en la combinación de dos distinciones: expectativas normativas/cognitivas y la distinción del código derecho/no derecho. Todas las adaptaciones sociales del derecho operan en este marco y varían el sentido objetual y el contenido de las normas jurídicas y de los programas. Los programas son los que regulan, en cada caso, la adjudicación correcta de los valores derecho/no derecho, para mantener, en una zona de compatibilidad mutua, los enlaces del tiempo y la capacidad de disenso y de consenso. Y *puesto que la dimensión objetual percibe esta función equilibradora, no existe ninguna definición objetiva del derecho*. En su lugar entra la referencia sistémica: "sistema del derecho".

II

La pregunta acerca de la función del derecho corre, de acuerdo al análisis anterior, sobre dos rieles distintos según la forma en que se formule el problema de la referencia.

Desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costos sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetual y social.[224] El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado en relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o la desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho.[225] Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.[226] Sin embargo, el derecho tiene también propensión a las crisis de confianza que se transmiten simbólicamente. Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo, la confianza.

En todo caso partimos de la idea de que el derecho se encarga *sólo de una función* - que por supuesto se puede subdividir en problemas subsecuentes y, por lo tanto, en subfunciones.[227] Es evidente que desde el punto de vista analítico se pueden identificar un sinnúmero de problemas de referencia, según sea la capacidad de comparación que se

---

[224]Véase Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 2ª. ed. Opladen 1983, pp. 40ss. Cfr. también id., Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, en id., Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Francfort 1981, pp. 73-91.

[225]Cfr. Bernard Barber, The Logic and Limits of Trust, New Brunswick N.J. 1983, pp. 22s y passim.

[226]Cfr. también Niklas Luhmann, Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Kompexität, 3ª. ed. Stuttgart 1989, pp. 50ss. (En castellano: Confianza, Anthropos, U. Iberoamericana, Barcelona, 1996, Capítulos VI y VII); id., Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives, en: Diego Gambetta (edit.), Trust: Making and Breaking Cooperative Relations, Oxford 1988, pp. 94-107.

[227]Joseph Raz, On the Functions of Law, en A.W.B. Simpson (edit.), Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series), Oxford 1973, pp. 278-304, diseña una compleja tabla de funciones del derecho. Su diferencia básica entre funciones normativas y sociales, sin embargo, encubre justo el problema del que se trata aquí: la *función social* de la *forma normativa* de las expectativas. Vincenzo Ferrari, Funzioni del diritto: Saggio critico-ricostruttivo, Roma 1987, pp. 87ss., discute tres formas distintas del derecho, que sin embargo rebasan por mucho el derecho (¡orientamento sociale!); por otra parte, rechaza un agrupamiento en una fórmula de unidad, ya que así ya no podrían cumplirse los requerimientos conceptuales de la idea de la función. También aparte se encuentra con frecuencia la suposición de que el derecho cumple con una gran cantidad de funciones - por lo menos en forma de un simple listado: Véase p. ej. Davis et al., op. cit., pp. 65ss; Michel van der Kerchove / François Ost, Lo sistème juridique entre ordre et désordre; París 1988, pp. 161ss., siguiendo a R. Summers / ch. Howard, Law, Its Nature, Functions and Limits, 2ª. ed., Englewood Cliffs N.J. 1975. (En todo ello, no existe ninguna duda acerca de que un observador, al que no le importa el problema de la unidad del derecho, pueda analizar el derecho bajo numerosos y muy diversos aspectos funcionales, ya que cada norma tiene su propia función.) William J. Champliss / Robert B. Seidman, Law, Order, and Power, Reading Mass. 1971, pp. 9s, parten de que el sistema jurídico "performs a myriad of functions, both manifest and latent", y se declaran (evidentemente) incapaces de seleccionar las que son esenciales. Y con ello queda suspendida una aclaración del concepto de sistema jurídico.

realice y según se tematicen las equivalencias funcionales. En este sentido, por ejemplo, el derecho tiene la función de proporcionar a los juristas el pan de cada día. Pero cuando se trata del proceso de diferenciación de un sistema social, sólo la suposición de una única función conduce a alcances inequívocos. Cualquier pluralidad de funciones llevaría a problemas de intersección social y a la ambigüedad en la delimitación del derecho.

Nuestra definición funcional del derecho trae consecuencias sobre el concepto de norma (o con más artificio: sobre el modo normativo de las expectativas). De modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el concepto de norma no se define echando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre;[228] o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. Si alguien anticipa esta bifurcación y se compromete de antemano con una de esas posibilidades, las expectativas se determinan, en el primer caso, como cognitivas; en el segundo, como normativas.[229] Por lo tanto, el concepto de norma determina un lado de una forma que tiene (también) dos lados. Sin este otro lado, la norma no existiría. El concepto de norma necesita este otro lado para perfilarse frente a él y para que las posibilidades de que se transgreda el límite queden abiertas. El concepto de norma es el resultado de la opción que tiene un observador y que sólo se actualiza empíricamente, cuando alguien distingue, utilizando precisamente esa forma.

En el concepto funcional de norma, entendida como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos (contrafácticamente), no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple (o no) con las normas. Al contrario: a eso es precisamente a lo que hay que renunciar si la norma ha de

---

[228]Werner Krawietz opina lo contrario: Zur Einführung: Neue Sequenzierung der Theoriebildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systema, e id., Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung mi Funktionssystem Recht, en: Werner Krawietz / Michael Welker (edits.), Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk, Francfort 1992, pp. 14-42, 247-301. Krawietz opina que esta conceptuación "behaviourista" del concepto de norma no considera suficientemente la característica de la norma como norma. Independientemente de lo que se entienda por "behaviourista", como sociólogo no se querrá renunciar a la opinión de que las normas como estructuras de sentido de la realidad social existen *de facto*. La alternativa sería afirmar que no existen normas algunas: se trata tan sólo de un error. Tan lejos no pretenderán ir ni los sociólogos ni los juristas. E incluso la opinión de que se trata de una realidad ilusoria o ficticia, no podría renunciar a una base de vivencias y comunicaciones fácticas. Y aun lo que Krawietz parece afirmar de que la cualidad normativa de las normas sólo se puede obtener de las normas (p. 30), tendría que encontrar un lugar en el mundo real para esta operación mental.
Una pregunta muy distinta es qué *concepto opuesto* se utiliza para la definición del concepto de la norma. Si no es la cognición dispuesta al aprendizaje, ¿entonces qué es? La crítica no propone ninguna solución distinta de este problema. Por lo menos debería ser posible, y eso vuelve difícil el asunto, llegar a un acuerdo acerca de que la anormalidad, el rompimiento de la norma, etc., presuponen el concepto de norma (sólo se puede negar lo que se concibe como idéntico), y por lo mismo, no *resuelven* este problema.

[229]El primero en proponer esta distinción fue Johan Galtung, Expectation and Interaction Processes, Inquiry 2 (1959), pp. 213-234.

cumplir con su función. La norma o se cumple, o por desconocida no se cumple. Darla a conocer podría despertar motivos para oponerse, o para esquivarla. Se cumple porque ofrece información: por ejemplo acerca de los peligros de determinadas situaciones prescritas por el reglamento de tránsito, o por el derecho ambiental. No se cumple, porque se confía más en la información propia que en aquella que con la norma se transmite. Aunque es muy raro, puede jugar un papel el que alguien considere que la norma es (o no es) legítima; o que considere que la norma concuerda con sus valores morales, o que la juzga como algo neutral o incluso contraria a la moral. El simple comportamiento ocurre, sin necesidad de que haya regulación normativa alguna, como si fuera lo que se ha deseado; por ejemplo, aquel comportamiento que surge de las presiones en la interacción. Y si se quiere influir en el rumbo de la conducta, las normas no son los medios más adecuados, sino en primer lugar los alicientes positivos o los medios a la mano que se empleen según sean las inseguridades específicas.

Naturalmente también la expectativa de la sanción produce sus efectos. Actualmente existe consenso acerca de que el concepto de norma no puede ser definido mediante la amenaza de la sanción, ni mucho menos mediante la imposición de estas sanciones. Sin embargo, la posibilidad de la sanción pertenece a aquellos instrumentos simbólicos por los que se puede reconocer si la expectativa corre en el sentido del derecho (o no); y, por lo mismo, la ausencia de sanción -aun cuando se tenga derecho a esperarla-, puede tener consecuencias más drásticas que van más allá del caso particular. Estas consecuencias se hacen presentes cuando se rompen los símbolos de aquello que es imposible ver -en nuestro caso, el futuro.

Muchas teorías del derecho suponen que la norma se constituye a partir de las motivaciones que llevan a su cumplimiento[230]; con esto, sin embargo, se mueven en terrenos muy resbaladizos. Sin negar la relevancia empírica de estas cuestiones y de su significado para una política normativa, hay que insistir en que la función de la norma no es orientar las motivaciones (allí entrarían demasiadas casualidades y equivalencias funcionales en juego), sino al contrario: estabilizarse, mediante aseguramientos, frente a los hechos. La norma no asegura una comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa. Al mismo tiempo, en el orden de la interacción, ofrece ventajas sobre todo en los casos en los que la norma no se cuestiona. La norma favorece, de muchas maneras, su imposición. La pregunta de si las normas pueden sostenerse en contra de una realidad fuertemente adversa, sólo se formula adecuadamente desde esta teoría. La historia de los derechos humanos promulgada en una sociedad que

---

[230]Véase como caso especialmente claro Karl Olivecrona, Law as Fact, Copenhague-Londres, 1939.

permitía la esclavitud, las expropiaciones masivas de los enemigos políticos, las limitaciones drásticas de la libertad religiosa, en pocas palabras: la sociedad norteamericana del 1776, demuestra que eso sí es posible.

El problema de la imposición de la norma puede se tratado como la condición de estabilidad de toda proyección normativa. Sin expectativa alguna de que se cumpla, la norma difícilmente puede sostenerse. Si además se considerara el encauzamiento de la conducta, como una segunda función del derecho,[231] entonces ya no se trataría únicamente del aseguramiento contrafáctico de las expectativas, sino que entrarían en juego otros muchos equivalentes funcionales. Es difícil imaginar cómo, referido a esta función, el sistema autopoiético del derecho llegara a clausurarse operativamente.

Por eso el que determinemos la función del derecho como la disposición que estabiliza las expectativas normativas no nos predetermina a que pensemos la relación del derecho con respecto al comportamiento. Con frecuencia se imagina que el derecho *limita* las posibilidades del comportamiento. Pero, de la misma manera, el derecho puede adoptar la función de habilitar un comportamiento que sin el derecho no tendría posibilidades de existir. Piénsese en las posibilidades que resultan en el derecho privado a partir de la propiedad, del contrato e incluso de la figura jurídica de la responsabilidad limitada. Tampoco el derecho administrativo, aunque "constitucional", se puede comprender adecuadamente como limitación de la arbitrariedad del gobernante soberano. Al contrario, se trata en la actualidad de un derecho que otorga poderes (condicionados) que sin este tipo de derecho ni siquiera existirían. En ambos casos -en el de la limitación y en el del otorgamiento (y la realidad consiste de combinaciones)-, se presupone una estructura de expectativa. La concordancia radica en la certeza de que es posible conformar expectativas acertadas que se mantienen a cierta distancia respecto a lo que sucede fácticamente.

Nos desviamos también, en otro sentido, del tradicional tratamiento de la teoría del derecho. El derecho no lo determinamos a partir de cierto tipo de normas, es decir, no de acuerdo a un cosmos ordenado por esencias que se estructura según los géneros y las especies. La norma la consideramos, más bien, como una de las formas de la función general de estabilización, que adquiere cualidad jurídica porque es distinguida dentro del sistema de derecho. Esto no es sino una consecuencia de la teoría de los sistemas autopoiéticos que postula: sistemas de este tipo producen sus propios elementos y, mediante ellos, sus propias estructuras.[232] Claro está que existen innumerables expectativas normativas sin

---

[231]Así Niklas Luhmann, op. cit. (Nota 14).

[232]También en el contexto de otras teorías de sistemas encontramos la opinión coincidente de que se tiene que partir no del concepto de norma, sino del de sistema, si se pretenden distinguir las normas jurídicas de otras normas, y definir su

cualidad jurídica -de la misma manera que existen verdades sin cualidad científica, o recursos (aire puro) sin cualidad económica, o poder sin cualidad política. La formación de un sistema de funciones extrae de la vida social cotidiana sólo las expectativas un tanto problemáticas: sólo reacciona ante el improbable éxito comunicativo que se incrementa en el transcurso de la evolución. Entonces se forman sistemas autopoiéticos en vistas de las posibilidades de acrecentamiento que se pueden leer en la estructuras ya existentes. La diferenciación evolutiva de estos sistemas autopoiéticos presuponen, como veremos más adelante, un terreno que ha sido previamente preparado. Justamente por ello, estos sistemas se distinguen frente a las evidencias de la vida cotidiana.

En vistas del innegable incremento incontrolado de las expectativas normativas (costumbres, exigencias morales, hábitos -que al ser violados adquieren notoriedad), el derecho tiene la función de estabilizar la expectativa de la norma, y esto sólo se puede llevar a cabo cuando existe una selección de las expectativas que merecen la pena. La teoría jurídica dominante parte también de este presupuesto. Otro efecto más profundo proviene del hecho de que la moral (o en su forma reflexiva, la ética) no es apropiada para fundamentar la validez de la norma jurídica.[233] En casos aislados, existen ventajas argumentativas cuando se recurre a una valoración moral que en la sociedad es inobjetable: la moral tiene cualidades retóricas decisivas. Pero no se puede remitir a la moral cuando se trata de proveer de éxito y de estabilidad a las expectativas de las normas. Entonces habrá que hacer jurídica la norma que se pretende introducir en esa zona de seguridad. Si alguien no hace alguna cosa, pese a que tiene la posibilidad de llevarla a cabo, siempre le sobrevendrá la pregunta: ¿por qué no?

Por todo lo anterior, la juridicidad de la norma sólo se puede determinar a través de una observación recursiva en el entramado en el que la norma ha sido generada. Esto significa: a través de la observación de aquella relación de producción de la expectativa que se diferencia, por medio de sus operaciones, como un sistema. No es sino mediante esta utilización (repetida en el sistema) del lado normativo efectuada a partir del esquema normativo/cognitivo, que las expectativas de las normas -si se las comparara con las simples proyecciones, con los propósitos o con los intentos de comunicación-, obtienen una cierta seguridad. Sólo así se logra que se puedan cristalizar ciertas expectativas estables, con las que es posible orientarse en las situaciones de la vida habitual en las que no existe una seguridad adecuada: o porque no hay control suficiente del futuro o porque

especificidad. Cfr. explícitamente en Torstein Eckhoff / Nils Kirstian Sundby, Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie, Berlín 1988, pp. 43 y 121.

[233]Así, en los resultados, también Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Francfort 1992.

no existe una alternativa clara para la selección. Sabemos que las expectativas normales y las normativas son muy próximas, en el sentido de que alteraciones aisladas no destruyen las expectativas que no pueden quedar totalmente aseguradas: en regiones conocidas por su buen clima en verano, un chubasco no obliga a que se tenga que cambiar esa buena imagen. Dicho de otro modo: existen, aparte, formas no normativas que rechazan la posibilidad del aprendizaje. Pero en la medida en la que el comportamiento del otro parece que es adoptado en entera libertad (y este es un efecto obligado de la creciente complejidad), ya no es suficiente un modo mixto de operar: normalidad/normatividad. Entonces se deben diferenciar las normas frente a otras posibilidades de comportamiento. Los estadios de la evolución de las sociedades están ligados a esta posibilidad de la normación arbitraria -probablemente estos momentos se relacionen con el acto de invisibilizar (o deslegitimar) la arbitrariedad en el momento de fijar la norma. Y precisamente porque la forma mixta de normalidad/normatividad es algo siempre precedente (que se distingue de lo desconocido, de lo inesperado, de lo sorpresivo), el derecho puede leer el pasado en estos estadios de la evolución tal como si siempre hubiera ya existido el derecho. El derecho no "tiene principio": siempre encuentra la posibilidad de conectarse con las tradiciones que se van descubriendo. Si la sociedad hace posible su diferenciación, el derecho se clausura en un sistema autorreferente y trabaja con el material normativo que está a su disposición desde el inicio.

La función del derecho como mecanismo de estabilización de las expectativas de las normas rebasa con mucho lo que puede comprender el concepto de regulador de conflictos. Ya es un caso excepcional el de las expectativas que entran en conflicto en la comunicación; es decir, excepcional en el sentido de que se regulen fuera del derecho.[234] Se puede actuar decepcionando la expectativa, aun en el caso de que alguien sepa que el otro está en su derecho. Piénsese en el campo del derecho penal o en el del incumplimiento de los contratos por falta de capacidad productiva. Incluso en estos casos se deben asegurar las expectativas de quienes están en su derecho, transformando la expectativa en otra forma: en castigo. No obstante sería forzar demasiado el concepto de conflicto si en estos casos se hablara realmente de conflicto. Esta diferencia entre expectativas contenciosas y expectativas no contenciosas tiene, para la evolución del derecho, un significado decisivo, ya que el sistema jurídico desarrolla su instrumental específico a partir del litigio dentro del derecho. El resultado es que el derecho no sólo

[234] Si el problema se ve desde aquí, resulta una discusión muy problemática acerca de las “alternativas al derecho”, en la cual ya no se examina cuál es la función del derecho y desde donde se pudieran analizar las equivalencias funcionales. Cfr. por ejemplo el volumen 6 del Jahrbuch für Rechtssoziologie Rechtstheorie (1980) en torno a la temática: “Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht”; un caso típico es también Donald Black, Sociological Justice, Nueva York - Oxford 1989, pp. 74ss.

arregla conflictos, sino que también los produce: al remitir los conflictos a su ámbito, el derecho llega a rechazar otras exigencias y se expone a ciertas presiones sociales.[235] El derecho, sin embargo, presupone siempre como posible la desviación del comportamiento (por los motivos que sean), y que sus efectos lleven precisamente a negar la perdurabilidad de las expectativas. Si se dejara de lado este momento específicamente normativo y se describiera la función del derecho en general como la regulación en general de las relaciones -como regulación, pues, que no se efectúa a través de lo normativo-,[236] se perdería de vista la especificidad del derecho y, entonces, podría igualmente considerarse como parte del orden jurídico la planeación del acomodo de mercancías en los supermercados, la red de cómputo del tráfico aéreo o, en última instancia, el lenguaje mismo.

Si en el análisis se diversifican los problemas de referencia, entonces se perciben posibilidades adicionales además de que aparecen otros equivalentes funcionales. Habíamos hablado de los inevitables costos sociales que trae consigo todo nexo temporal o, de manera más abstracta, de problemas de compatibilidad entre las determinaciones temporales y las sociales. Esta formulación permite reconocer que no todo el peso del problema descansa sobre los hombros del derecho. Sin embargo, en este caso hay que suponer, especialmente en las sociedades antiguas, formas mixtas (de creciente complejidad) que sólo en el transcurso de los procesos evolutivos llegan a diferenciarse. Para esto dos ejemplos:

1) Uno de esos equivalentes funcionales está organizado en torno del concepto de escasez. Si se piensa que la provisión de bienes y servicios está limitada en la forma de una suma constante, cualquier intervención sobre estos artículos escasos va en contra de otros intereses de intervención: quien se abastece a sí mismo, lo hace a costa de otros. Posiblemente en las sociedades de abundancia del mundo arcaico, la intervención no resultaba tan dañina y algunas sociedades expansivas (las de la Edad Media europea o las de las Américas colonizadas) pudieron modificar el esquema de lo constante, mediante una posible expansión territorial. Pero en la medida en que la economía acepta el uso del dinero y de esta manera se diferencia a sí misma como sistema clausurado en su operación, estas

---

[235]Acerca de esta naturaleza "polemógena" del derecho, véase Julien Freund, Le droit comme motif et solution des conflits, en: Luis Legaz y Lacambra (edits.), Die Funktionen des Rechts, Sobretiro 8 del Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1974, pp. 47-62; idem., Sociologie du conflit, París 1983, pp. 22, 327ss.

[236]En esta dirección, Karl-Heinz Ladeur, Computerkultur und Evolution der Methodendiskussione in der Rechtswissenschaft: Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 74 (1988), pp. 218-238 (233), cree reconocer tendencias evolutivas. Quizás Ladeur niega que abandona el concepto de norma; pero entonces tendría que explicitar qué es lo que comprende al hablar de normas, si no es que la estabilización de la expectativa contrafáctica.

condiciones cambian. Por un lado, las posibilidades de acumulación de valores económicos, como lo anotaba ya Aristóteles, pierden sus límites por la forma del dinero. Esto significa también que, mediante dinero, es posible asegurar intereses de largo plazo que ya no concuerdan con los originales, sin que se tenga que respetar la situación de escasez actual de los otros. A diferencia de la propiedad material, el futuro puede ser, desde ahora, fijado en forma indeterminada. La moral político económica que había cristalizado al tomar como hilo conductor la propiedad de bienes raíces, queda desactivada. Por otra parte, el dinero crea sumas constantes novedosas y las sanciona mediante inflaciones o deflaciones. De esta manera el respeto social por los otros toma la forma, a su vez apremiante, de que para todo lo que se pretende adquirir hay que pagar.[237]

Hasta ya muy entrada la sociedad moderna, estos problemas del condicionamiento del trato con la escasez fueron vistos como problemas jurídicos. La propiedad privada, i.e., la parcelación de las posibilidades de intervención al reconocer las posibilidades de los otros, fue vista como instituto jurídico, y la sociedad, como sociedad de propietarios que se conducen llevados de la mano por los contratos.[238] El trabajo asalariado, sin embargo, apenas pudo ser integrado a este esquema (independientemente de lo que se diga, no existe ningún derecho al trabajo compatible con una economía de dinero). La función económica de la propiedad queda también fuera del manejo jurídico pese a que, como todo comportamiento, puede ser objeto de jurisprudencia. La escasez y la normación de las expectativas del comportamiento establecen distintas formas de colisión entre las formas de enlaces temporales y las formas de enlaces sociales; es decir, se trata de problemas de distinta índole. En sociedades que se vuelven más complejas se impone la diferenciación. Por lo mismo el sistema económico y el jurídico son, entonces, sistemas funcionales autopoiéticos, clausurados sobre sí mismos, desde el momento en que la sociedad puede darse el lujo de la diferenciación.

2) El segundo ejemplo apenas si se puede formular. Se ha discutido sólo en años recientes y su semántica se encuentra aún en estado preconceptual. Se discute bajo el término de "riesgo". El riesgo hace referencia a decisiones que aceptan la posibilidad de que haya consecuencias negativas. Estas consecuencias negativas no se presentan en la forma de costos que se tengan que pagar y cuyo sacrificio está justificado, sino en la forma de daños que, aunque improbables, son posibles, pero que en el caso de que se presenten se señala la decisión como la causa directa y la exponen al arrepentimiento. El problema consiste en que los daños no sólo afectan al que tomó la decisión, ni sólo al que obtuvo los

---

[237]Para mayores detalles en torno a este tema, en Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Francfort 1988.

[238]Acerca del fin de esta tradición, cfr. Niklas Luhmann, Am Anfang war kein Unrecht, en idem., Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. 2, Francfort 1989, pp. 11-64.

beneficios de sus efectos positivos. Tenemos, pues, aquí una forma de enlace del tiempo con costos sociales -pero una forma muy distinta. Mientras que las normas producen una bifurcación según el esquema conforme/disconforme y discrimina las intervenciones en el ámbito de la escasez según el esquema ventaja/desventaja, aquí se trata de la bifurcación entre quienes toman decisiones y quienes son afectados. Según sea la posición (si como tomador de decisión, si como afectado), difiere la percepción del riesgo, difiere la delimitación ante la posible justificación de la conducta arriesgada y difiere la aceptación del riesgo. Y cuanto más la percepción del futuro de la sociedad moderna entre en el horizonte de la dependencia de las decisiones, tanto más aguda será la forma en que se abrirá el abismo entre tomadores de decisión y afectados. Además tanto más claramente habrá que reconocer que los instrumentos de regulación jurídica y financiera, regidos por problemas muy distintos, ya no son suficientes para estos casos.[239]

En los casos mencionados, pero especialmente en éste, los conflictos correspondientes son traídos al ahora. No se espera el futuro: ya desde el presente se tiene derecho o no se tiene derecho; se es rico o se es pobre. Y ya desde el presente se tiene una percepción distinta del riesgo según se esté colocado en la posición de tomador de decisión, aunque de todas maneras no sea posible evitar los riesgos; o de si se vive atemorizado por los "normal accidents"[240], por las catástrofes repentinas o constantes (pero aparentemente inevitables), que son resultado de las decisiones que otros tomaron. Lo que se designa como tensión entre perspectivas temporales y sociales es entonces un fenómeno en cada caso actual. Los costos sociales se producen, al mismo tiempo, con los enlazamientos temporales, aunque la evaluación podrá cambiar a causa de las experiencias posteriores. Las diferencias que se suscitan a partir de estos problemas conducen a perspectivas distintas de apreciación del futuro. En el derecho, con excepción de las revoluciones y los golpes de Estado, se puede estar más o menos seguro de que, en todos los cambios jurídicos, se respetarán los derechos ya adquiridos. En la economía es ella misma quien proporciona la movilidad a través del cambio de posición de pobre a rico (y viceversa), incluso agudizando la diferencia. En la perspectiva del riesgo, sin embargo, el futuro aparece como algo enteramente distinto, primero por la incertidumbre y después, por el hecho de que el futuro se vuelve irreconocible si es que han mediado las catástrofes. Estas diferencias podrían servir de indicadores de la diferenciación de sistemas que se han codificado por separado y clausurado en su operación: la economía y el derecho. No

[239]Para mayores detalles, véase Niklas Luhmann, Soziologie des Risikos, Berlín 1991 (En castellano: Sociología del riesgo, U. De Guadalajara, U. Iberoamericana, Guadalajara, 1992).
[240]En el sentido dado a conocer por Perrow. Cfr. Charles Perrow, Normal Accidents: Living with High Risk Technologies, Nueva York 1984.

obstante no es posible prever cómo reaccionarán estos sistemas ante las consecuencias sociales de un comportamiento cargado de riesgo.

III

Cuando se trata de proyectar algo que es válido aun en el caso de que no se realice como se había planeado, ¿quién puede obtener ese logro? ¿Y qué hay que hacer para convalidar la producción del mantenimiento y la confirmación de expectativas contrafácticas, cuando hay un incremento de los presupuestos? Esta pregunta nos conduce desde la determinación de la función hasta su realización en el sistema y lleva entrelazada dos sistemas de referencia: la sociedad y su sistema jurídico.

La respuesta presupone una diferenciación entre sistema y entorno, establecida por el propio sistema. Un sistema que norma expectativas se afirma *a sí mismo*, trazando una diferencia *con respecto al entorno* -el que a su vez se realiza por el trazo y no sin el sistema. El trazo del límite se logra estableciendo normas, en referencia a las cuales es legítimo (o no) el apartarse. Entonces, *para el mismo sistema se establece una distinción, dependiendo* de si se actúa de acuerdo a la norma trazada por él (o si no). El sistema permanece estable en el marco de sus posibilidades, independientemente de cómo opera el entorno.

Como sistema autopoiético, clausurado en su operación, el derecho se ve estimulado a garantizar su función. Por supuesto que esto no puede llevarse a cabo haciendo que todas las condiciones empíricas necesarias para la reproducción del sistema se lleven a efecto dentro del sistema; eso significaría: incluir el mundo en el sistema. No obstante, el derecho debe mantenerse en su capacidad de operar como un sistema funcional determinado en su estructura, y en su capacidad de prever internamente la continuidad de la operación de su propia función. "Internamente" quiere decir: con su propio tipo de operación.

Si se describe lo anterior como observador (interno o externo), no se puede otra cosa que echar mano de formulaciones tautológicas: el derecho es lo que el derecho determina como derecho. Esta tautología se puede "desplegar", es decir, distribuir en expectativas. Si uno se fija en el efecto estructurante de las operaciones (efecto que determina las expectativas), la perspectiva de la observación se abre a las relaciones reflexivas: las expectativas normativas se aguardan de manera normativa. Con otras palabras: el derecho no es indiferente frente a sí mismo. Tampoco se limita a la exigencia del puro ser tomado en cuenta. Convierte, la diferencia entre expectativa cognitiva y

normativa, a su vez, en objeto de expectativas normativas: opera reflexivamente. Es decir, el modo de la expectativa no se abandona a la arbitrariedad, ni tampoco a la simple conveniencia social. El modo de la expectativa queda prefigurado en el mismo sistema jurídico -condición que es típica para la diferenciación y la clausura operativa de los otros sistemas que atienden a una función.[241] El derecho no se afirma ayudándose de un poderoso apoyo político, para lograr imponerse. Al contrario, el derecho es justamente más derecho cuando se puede esperar que la expectativa normativa se espere normativamente. También en este sentido, el derecho no está determinado jerárquicamente (desde arriba), sino heterárquicamente: en forma colateral y estructurando las inmediaciones en forma de redes.

Por lo menos así es posible exponer la forma más general de la autoafirmación circular. Pero, ¿el asunto que así se afirma realmente corresponde a la realidad? ¿Y que sucedería si eso sólo fuera válido bajo límites considerables? A esta pregunta habrá que responder distinguiendo.

Como condición de validez absoluta de la observación de la observación del código -universal y plenamente confiable- derecho/no-derecho, en el sistema jurídico se produce el ámbito más estrecho de la decisión jurídicamente obligatoria: ya sea para afirmar, ya sea para cambiar el derecho. Aquí se trata de un sistema parcial (un subsistema) de organización; i.e., un sistema que se diferencia acudiendo al recurso de la distinción entre miembros y no miembros del sistema. Esta distinción compromete a los miembros en calidad de membrecía a producir decisiones que se rigen por los programas del sistema (variables al interior de la organización), esto es, por las normas jurídicas.[242] Para esta organización sistémica de decisiones en el sistema jurídico, sólo tenemos términos para los aspectos diferenciados: juzgados y parlamentos en el caso del concepto de separación de los poderes judicial y legislativo. Pero no tenemos ningún término para enunciar la unidad de ese sistema. Por esta razón, hablaremos del sistema de organización de las decisiones del sistema jurídico.

---

[241]Cfr para el sistema económico Dirk Baecker, Information und Risiko in der Marktwirtschaft, Francfort 1988, en el ejemplo de la observación de la observación del mercado, mediante los precios. Para el sistema científico: Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990 (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996), en relación a la observación de las afirmaciones cognitivas, mediante el esquema verdad/ no verdad, tomando como ejemplo las publicaciones; para el sistema de arte: Niklas Luhmann, Weltkunst, en: Niklas Luhmann / Frederick D. Bunsen / Dirk Baecker, Unbeobachtbare Welt: Über Kunst und Architektur, Bielefeld 190, pp. 7-45; para el sistema político: Niklas Luhmann, Gesellschaftliche Komplexität und öffentliche Meinung, en idem., Soziologische Aufklärung, t. 5, Opladen 1990, pp. 170-182; idem., Die Beobachtung der Beobachter im politischen System: Zur Theorie der öffentlichen Meinung, en Jürgen Wilke (edit.), Öffentliche Meinung, Friburgo 1992, pp. 77-86.

[242]Estructuras similares de un sistema funcional universalmente competente con un núcleo organizado se encuentran también en otros casos - por ejemplo el sistema político y la organización estatal, o el sistema educativo y las escuelas.

Este sistema de decisiones organiza su ámbito propio de operación, a través de una entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho.[243] Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (¡y sólo para ello!), este sistema se describe a sí mismo como jerarquía: de órganos o de normas. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso en la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas.

Para este ámbito de decisiones del sistema jurídico, se han desarrollado formas bien establecidas de reflexividad. Estas formas utilizan el formato de la doble modalidad -estandarización de la estandarización- pero reducen el uso de esta posibilidad en las aplicaciones requeridas por el sistema. El caso más conocido es la estandarización de las reglas de procedimiento que, una vez acatadas, conducen a que la decisión que se ha producido tenga, a su vez, fuerza normativa. El caso límite es la simple norma de competencia que sirve de encarnación al principio de soberanía jurídica: todo aquello que lleve a que se tome una decisión legal se convierte en derecho. El otro extremo es la necesidad absoluta de esta norma: independientemente de cómo se restrinja la decisión mediante las normas jurídicas, la última incertidumbre (en la interpretación jurídica, o en la determinación de los hechos) sólo se puede descartar por medio de una norma de competencia. *En este sentido, todo el sistema de toma de decisiones en el derecho se sustenta en la reflexividad del proceso de estandarización.* No se trata de una circunstancia entre otras muchas; se trata, de una representación (encarnada en normas específicas) de la unidad del sistema en el sistema; es decir, de un correlato de la universalidad de la competencia de la función.

La capacidad funcional de esta estructura es obvia y se evidencia en las personas, en los edificios, en las actas, en las direcciones. En eso se ha concentrado la teoría jurídica no sociológica, y de allí ha elaborado el carácter positivo de este contexto de producción. Al sociólogo le llamará la atención que aquí se hable sólo del subsistema organizacional del sistema jurídico que se tematiza en la toma de decisiones del derecho, pero que no se atiendan otros ámbitos en los que también se lleva a cabo la doble estandarización. Porque el mismo fenómeno aparece también en el terreno general de la toma de decisiones. También en la vida cotidiana de los que no forman parte de las organizaciones jurídicas, se

[243]En torno a ello, con el término cibernético de acoplamiento "posconectado" (Rückkoplung), véase: Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie, Berlín 1988. Véase también ibidem., The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence, Scandinavian Studies in Law 19 (1975), pp. 123-151. Acerca de la relación circular de regla y decisión, véase además Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; idem., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Francfort 1970.

forman expectativas normativas respecto de las expectativas normativas. Así es cómo alguien que ve afectados sus supuestos derechos espera -en calidad de norma- que los demás apoyen su demanda. O cuando menos no se deja convencer por la indiferencia innegable de los demás, ya que en realidad ellos mismos "deberían" de responsabilizarse tomando partido por lo que está en conformidad con el derecho, y no por lo discrepante. Puede también ser que haya terceros que esperen que uno interceda a favor de sus derechos y no acepte sin más la violación de éstos.[244] El sistema jurídico, desde la perspectiva de la totalidad, opera con base en la seguridad de la expectativa normativa de la expectativa normativa. El sistema se diferencia sobre la base del carácter reflexivo de sus operaciones. Sólo así se puede llegar a la compenetración social y a la aceptación del reclamo de competencia dentro del sistema, por parte de quien toma las decisiones en el derecho. Sólo así las instancias de toma de decisión en el derecho son ahora más que todo lo que habían sido en la mayoría de las culturas clásicas: elementos extraños de tipo corporativo en una sociedad ordenada por familias (casas). Con la consecuencia de que un acuerdo entre vecinos o una autojusticia de la comunidad (o del gremio) se ponía siempre por encima de la posibilidad de recurrir a los tribunales. Sólo así fue posible, en contra de esta estructura que tenía mayores posibilidades de evolución, que se desarrollara la confianza en una jurisdicción formal y la aplicación generalizada (y diferenciada) del derecho, para la estructuración de los problemas de la vida cotidiana. Pero, ¿cómo se puede mostrar empíricamente esta base del derecho? ¿De qué condiciones depende la respuesta a esta pregunta?

Sospechamos que aquí se produce un doble efecto. Por una parte, la rigidez organizacional y profesional del derecho vigente influye en el crecimiento espontáneo de las proyecciones normativas: restrigiéndolas y disciplinándolas. Se puede afirmar o hacer que se afirme, en sentido oficial, lo que es lo conforme a derecho y lo que no. Cuanto más diferenciada está la sociedad - y en el mundo antiguo esto significó el proceso de la formación de la ciudad- tanto más fuerte es la dependencia de tales reducciones. Por otra parte, el proceso de diferenciación de un sistema de toma de decisiones en el sistema jurídico, puede tener efectos negativos en la disposición general del aguardar normativamente la expectativa normativa, e incluso puede tender a la erosión de las propias bases de la reflexividad, cuando sólo pretende sobrevivir como organización sostenida

[244]Si la familia moderna es un sistema social en el cual *todo* lo que hacen o viven los miembros, puede ser tematizado (cfr. Niklas Luhmann, Sozialsystem Familie, en idem., Soziologische Aufklärung, vol. 5, Opladen 1990, pp. 196-217), entonces se trataría de un ámbito en el cual se podría evaluar empíricamente el alcance y el colapso de esta expectativa normativa de las expectativas normativas. Cuando uno acepta pequeños hurtos realizados por los propios hijos, uno los trata de una manera puramente cognitiva (¡no se dejen pescar!), entonces ¿también se aceptarían violaciones del derecho, por ejemplo, por parte de los vecinos? ¿Cómo reaccionarían las aseguradoras a esta pregunta? ...

políticamente. En las culturas más antiguas, se puede observar en general este aislamiento de los centros de decisión (no obstante que eran indispensables), y en esto coinciden con la forma de diferenciación entre centro y periferia. En la sociedad moderna incluso cuando se logra en gran medida la imposición de la orientación jurídica en la vida cotidiana, la unidad del sistema se puede alcanzar muy difícilmente a través de una continua expectación normativa de la expectativa normativa. El sistema de la toma de decisiones no puede convertir la condición de co-expectativa normativa en forma de premisa obligatoria de la decisión. Puede dotar a las personas con derechos y obligaciones individualmente asignados, pero no pude garantizar las co-expectativas de todos los demás (y menos aún la seguridad de las expectativas que se refieren a esas co-expectativas). El sistema de decisión no puede observar esta afirmación mutua en la expectativa normativa (y aquí no se trata de consenso, sino de exigencia), ni puede tratarla como hecho jurídicamente relevante. Este sistema de decisión se comporta con indiferencia frente a la institucionalización de la expectativa normativa: no puede hacer nada jurídicamente. Nadie puede usar la fuerza (o la ausencia de fuerza) de la insistencia para que los otros utilicen o reclamen el argumento de la perseverancia de la expectativa normativa. Los límites del sistema que toma decisiones no dejan pasar estas informaciones: las filtran. Este elemento de la reflexividad es el que falta en la presentación oficial del "derecho vigente". La organización de toma de decisiones no puede controlar el encapsulamiento al que la expone una cultura jurídica basada en la motivación personal; por eso mismo, al darle entrada a esa cultura jurídica, la organización no se da cuenta que empieza a exponer a la erosión las bases sociales de su propia actividad.

En este mismo sentido, el sistema de toma de decisiones construye su propia complejidad sin fijarse en esta doble modalidad reflexiva. Como de la reflexividad no dependen las decisiones, entonces los hechos correspondientes no se registran y no se recuerdan. La reflexividad permanece como algo desconocido para la teoría jurídica que refleja la praxis del derecho. En algún caso se le menciona con términos vagos como "conciencia jurídica" o con distinciones igualmente difusas como las que se establecen entre derecho escrito y derecho vivido. A las investigaciones empíricas sobre la difusión del conocimiento jurídico y sobre la conciencia jurídica de la población, les hace falta, para el tema que nos ocupa, una suficiente posición teórica.[245] También en el nivel lógico -por tanto

[245]Véase por ejemplo Adam Podgórecky et al., Knowledge and Opinion About Law, Londres 1973. En torno a estudios más antiguos, tanto polacos como escandinavos, véase el balance de Klaus A. Ziegert, Zur Effektivität der Rechtssoziologie: Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht, Stuttgart 1975, pp. 189ss. Cfr. también la discusión, que no afecta nuestro problema, en torno a asuntos teóricos en KOL Forschung (KOL=Knowledge and Opinion about Law) en vol. 2-4 (1981-83) de la Zeitschrift für Rechtssoziologie, o como investigación más reciente de un problema específico, cfr. Jacek Kurczewski, Carnal Sins and the Privatization of the Body: Research Notes, Zeitschrift für Rechtssoziologie 11 (1990), pp. 51-70.

como técnica de investigación-, los problemas de la expectativa normativa están en desventaja, ya que la actual lógica bivalente, ante condiciones de observación de segundo orden, se enfrenta a dificultades casi irresolubles. Cuando mucho se logra representar estos problemas mediante construcciones lógico-modales, hasta hoy no muy desarrolladas. Con todo esto, el problema escapa a la comunicación -a no ser que se hable de la diferencia de opinión sobre los modos de comportarse en la vida cotidiana.

Finalmente, la reflexividad construida en el sistema de organización de la toma de decisiones, sirve justamente de descarga a la vida cotidiana. No es posible (y tampoco necesario) basarse en las expectativas normativas de los demás para saberse del lado del derecho -o del lado de lo discrepante con el derecho. Todo depende de lo que decida el juez. Frente a la insistencia de los otros, uno puede invocar la posibilidades de éxito del proceso, o las dificultades que se tendrán para presentar las pruebas -igual que el abogado en relación a sus clientes. Estas son posiciones pragmáticas que prueban su eficacia y que controlan si una comunicación que se refiere al derecho deberá ser o no impulsada. Los límites de la organización de las decisiones actúan previamente como límites que acontecen en la parte externa de la frontera del propio sistema jurídico, y predispone la comunicación para que se comprometa con lo que es conforme a derecho (o con lo que no). Así el derecho se pone a disposición del usuario individual, abstrayéndose del contexto social de su motivación, de las presiones sociales que lo sujetan o, por el contrario, de su dejadez.

De esta manera la sociedad tiene que pagar por haber separado el sistema jurídico de su nicho social y, por eso, tiene que convertir a cada uno en individuo. Un efecto compensatorio es que se producen fuertes esperanzas normativas basadas en la expectativa normativa de la expectativa normativa, pero que no pueden tomar la forma del derecho. Éstas se presentan como exigencias políticas o, en algunos casos, como movimientos sociales. Su semántica utiliza el concepto de valor y, en ocasiones -como si se tratara de tomar distancia frente al derecho-, el de "ética". Todo lo que es posible de manera contrafáctica encuentra aquí un canal de desahogo que va a dar directamente a los centros de decisión política. El sistema jurídico califica estos fenómenos tan sólo como conductas conformes (o discrepantes) con el derecho, reacciona a su propia incitación con ayuda de instrumentos flexibles de adaptación que oscilan entre los intereses y los conceptos -de esto trataremos en un capítulo posterior. Esto puede suceder con mayor o menor éxito político o profesional. Con todo, se juridifica pasando de largo sobre los recursos verdaderamente sociales de la formación del derecho: la expectación normativa de las expectativas que el derecho ha conformado en calidad de normas.

IV

Una de las consecuencias más importantes de la forma normativa en la que se realiza la función del derecho, es la diferenciación entre derecho y política.[246] La dependencia mutua de los dos sistemas es evidente. Eso dificulta el reconocimiento de la diferenciación funcional. Para su aplicación el derecho depende de la política y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La política, a su vez, utiliza el derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente. Pero precisamente la actuación conjunta presupone que los sistemas son diversos.

Basta una reflexión sencilla para reconocer el punto de partida de esa diferenciación. La política utiliza el medio del poder. El poder político se articula en un poder indicativo superior que amenaza con carácter obligatorio. En cuanto las tendencias políticas de una decisión que vincula colectivamente se integran a un interruptor que transforma las luchas de planeación en decisiones realizables, entonces se puede obligar a su cumplimiento.[247] El "deber" de la norma, sin embargo, no presupone ninguna superioridad del poder; es más: ninguna superioridad por parte de quien articula las expectativas correspondientes.[248] Ya en las antiguas culturas, en la Atenas de Pericles y de Eurípides, se consideraba que una función esencial del derecho consistía en proteger a los pobres frente a los ricos y poderosos -por lo menos eso era lo que se decía. También en la Edad Media se distinguía entre el poder de gobernar (gubernaculum) y la jurisdicción (iurisdictio) del soberano. Pese a las pocas posibilidades de que el derecho se enfrente al poder (y pese a la recomendación de que, en este caso, es mejor callar y elevar la mirada al cielo), se trata de dos formas diversas de comunicar expectativas que se refieren al comportamiento de los demás.

A partir de Hobbes esta diferencia entre derecho y política se formula como oposición del Estado soberano frente a los derechos individuales -previos al Estado, es decir: "naturales". Sin embargo, esto no es suficiente. Desde la historia de las doctrinas este

---

[246]Véase con mayor detalle en el Capítulo 9.

[247]Eso evidentemente se puede impedir o por lo menos dificultar por medio de una técnica jurídica políticamente motivada; pero eso es otra cuestión. Pero incluso entonces, la intención política no aparece como argumento jurídico. Un ilustrativa estudio de caso es Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968.

[248]Con este argumento, D. Neil MacCormick, Legal Obligation and the Imperative Fallaxy, en: A.W.B. Wimpson (edit.), Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series), Oxford 1973, pp. 100-130, se opone a la teoría jurídica de John Austin, que había afirmado que “command” era la fuente de la norma.

lenguaje de los derechos "naturales" es sólo una semántica transitoria condicionada por la época: un símbolo para la construcción jurídica no controlada por la política, pero que se vuelve prescindible una vez que para eso se hayan desarrollado suficientes formas de derecho positivo. Esto sucede por la vía del reconocimiento de la libertad contractual, del reconocimiento de que se puede disponer de la propiedad libremente y, a partir del siglo XVIII, del reconocimiento de la capacidad jurídica de las corporaciones que no fueron fundadas por decreto del soberano. Cuando todo lo anterior queda asegurado, se pueden desnaturalizar los "derechos subjetivos" para reconstruirlos como simples reflejos del derecho objetivo (e incluso de la Constitución). Sin embargo, esto es posible únicamente porque las expectativas normativas no dependen de posiciones de superioridad respecto de su validez. Puede ser que, debido a esto, los juristas mantengan este interés de abogar desde abajo como posibilidad profesional.

La función del derecho de introducir orden conserva su peculiaridad por la importancia de saber lo que se puede esperar justificadamente de los otros (¡y de uno mismo!). O dicho con menos elegancia: con qué tipo de expectativa uno no queda en ridículo. La inseguridad respecto a las expectativas es más insoportable que experimentar sorpresas y desencantos. La anomia, en el sentido de Durkheim, está en referencia a la certidumbre de la expectativa; no a los hechos del comportamiento fáctico de otros. Ciertamente: las expectativas y el comportamiento se estabilizan mutuamente, pero las normas producen mayor seguridad respecto de la expectativa que lo que alcanza a justificar el comportamiento: esa es precisamente la aportación específica del derecho a la autopoiesis de la comunicación social.

Esto arroja una luz significativa sobre el problema ampliamente discutido de la imposición jurídica. Desde el punto de vista político, se trata de la cuestión de si una acción indicada (o su omisión) pueda ser impuesta mediante coacción. La sociología jurídica que se apoya predominantemente en el poder de la sanción y que, según un esquema proveniente del siglo XVIII, distingue entre el derecho como obligación externa y moral como obligación interna, se rige de acuerdo a esta perspectiva primordialmente política. [249] Esto es válido aun para una observación como la de Jeremy Bentham que piensa que la seguridad de la expectativa consiste en que se debe de actuar de acuerdo a la expectativa. Sin embargo, si se reflexiona un poco más llaman la atención ciertas peculiaridades. Si la función del derecho consistiera en asegurar la ejecución (o la omisión) de la acción

[249] Eso vale sobre todo, con muchos matices, para la sociología jurídica de Theodor Geiger; cfr. en especial: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1947), reimpresión Neuwied 1964, y acerca de este texto, el reciente trabajo de Heinz Mohnhaupt, Anfänge einer “Soziologie der Rechts-Durchsetzung” und die Justiz in der Rechtssoziologie Gheodor Geigers, Ius Commune 16 (1989), p. 149-177.

indicada, la institución jurídica fáctica sería todo el tiempo responsable, pero por su ineficiencia. El derecho desembocaría en una evolución desviada de sus propios defectos; o mejor dicho: sería el responsable de la insuficiencia de realización de los planes políticos. Entonces ¿para qué un código binario de derecho/no derecho? ¿Para qué entonces dejar la decisión de la imposición jurídica, con excepción del derecho penal, a la iniciativa del demandante privado? ¿Para qué, entonces, la existencia de un ámbito decisivo de normas permisivas que le dejan a la voluntad privada la conformación de su legalidad, y que sólo le previenen de la relevancia jurídica de su propio comportamiento?

Tales hechos obligan a cambiar el centro del problema de la imposición jurídica: del comportamiento a la expectativa. Y con este cambio elaborar la diferencia entre derecho y política en el sentido de una imposición efectiva de las decisiones obligatorias que vinculen a la comunidad. La función del derecho consiste únicamente en posibilitar la seguridad de la expectativa, justamente en vistas de las decepciones previsibles -e inevitables. No obstante, este cambio de centro resuelve el problema sólo parcialmente. La seguridad de la expectativa peligra también por el hecho de que un comportamiento conforme a la expectativa no pueda ser alcanzado: que no exista ni la más ligera esperanza de realización de la expectativa, a pesar de que esté cubierta por el derecho. El derecho no puede estar continuamente diciendo: Usted tiene razón, pero desgraciadamente no podemos ayudarle. Tiene que ofrecer por lo menos sustitutos del cumplimiento de lo exigido (multas, indemnizaciones...) y tener la capacidad de imponerlos. Con todo, el derecho no puede siquiera garantizar que el que ha sido juzgado tenga solvencia económica,[250] y ningún sistema político vería como tarea propia pagar en lugar del sentenciado, sólo para ayudar a que el derecho se imponga.

Una cierta síntesis de las funciones de política y derecho es, por lo tanto, inevitable - pero justo sobre la base de funciones distintas.[251] Si la política lograra realmente su objetivo de imponer las decisiones vinculantes para la comunidad de manera efectiva y sin excepciones, el sistema jurídico se encontraría en una situación paradójica: por un lado ya no tendría ningún problema porque ya no habría que contar con expectativas que se frustraran; por otro, se sentiría decepcionado en sus propias expectativas por la irrupción

[250]Véase Klaus A. Ziegert, Gerichte auf der Flucht in die Zukunft: Die Bedeutungslosigkeit der gerichtlichen Entscheidung bei der Durchsetzung von Geldforderungen, en: Erhard Blankenburg / Rüdiger Voigt (edits.), Implementation von Gerichtsentscheidungen, Opladen 1987, pp. 110-120. Véase también Volkmar Gessner et al., Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine rechtssoziologische Untersuchung, Colonia 1987; y más bien acerca de estrategias previas: Kurt Holzscheck, Praxis des Konsumentenkredits: Eine empirische Untersuchung zur Rechtssoziologie und Ökonomie des Konsumentenkredits, Colonia, 1982.
[251]Véase también Niklas Luhmann, Rechtszwang und politische Gewalt, en idem., Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Francfort 1981, pp. 154-172.

en su campo, del sistema político. Dicho de otra manera: existen buenas razones para que la imposición jurídica se limite a lo necesario para que las expectativas resistan las decepciones, y lo demás dejarlo a la diferencia funcional entre sistema jurídico y sistema político.

V

A continuación discutiremos, tomando como ejemplo el derecho, un problema general de entendimiento de la función, en el contexto de la diferenciación funcional -e indirectamente en el contexto de una descripción de la sociedad moderna. No es raro que se haga referencia a la "pérdida de función": por ejemplo la pérdida de la función de la familia, o de la religión. Sin embargo esto podría ser resultado de una simple ilusión de óptica. En esta discusión, las proyecciones se remiten al pasado guiadas por un concepto de función muy amplio que incluye todo lo atribuible a los ámbitos sociales discutidos, para, después, constatar, en la comparación histórica, las limitaciones actuales. El procedimiento oculta el incremento de los logros de los sistema diferenciados, gracias a la especificidad de las funciones correspondientes.

Para el sistema jurídico encontramos esta visión en Leon Mayhew, quien se apoya en conceptos parsonianos.[252] La función del derecho se cotiza muy alto en la jerarquía, como consecuencia del significado general de la regulación normativa en la construcción teórica de Parsons. El derecho, según esto, garantiza el control social y la inclusión de los individuos en la sociedad (sobre todo por medio de la norma de igualdad). El mismo problema irrumpe nuevamente, aunque en forma distinta, cuando en la actualidad se trata de rescatar la idea de una conducción (si bien limitada) de la sociedad mediante el derecho (en lugar de pensar en una simple autoconducción del sistema del derecho);[253] o cuando se cree observar cambios en el sistema jurídico, no sólo en el plano de sus programas y su dogmática, sino también en el de sus funciones.[254] Según sea el concepto de función que

[252]Cfr. sobre todo Leon H, Mayhew, Stability and Change in Legal Systems, en: Bernard Barber / Alex Inkeles (edits.), Stability and Social Change, Boston 1971, pp. 187-210; Talcott Parsons, The Law and Social Control, en: William M. Evan (edit.), Law and Sociology, Nueva York 1962, pp. 56-72.

[253]Véase sobre todo Gunther Teubner/Helmut Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 5 (1984), pp. 4-35; Helmut Willke, Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in Polyzentrischer Gesellschaft, en: Manfred Glagow / Helmut Willke (eidts.), Dezentrale Gesellschaftssteuerung: Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft, Pfaffenweiler 1987, pp. 3-26; Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Francfort 1989, pp. 81ss. Estas ideas fueron recibidas críticamente y con mucho interés. A una mayor distancia histórica, llama la atención que la discusión ya no se refiere a la pregunta por la función del derecho - como si fuera obvio que ésta puede cumplirse mediante una "conducción social".

[254]Por ejemplo Karl-Heinz Ladeur, quien relaciona pronóstico y recomendación en varias publicaciones. Véase sobre todo: "Abwägung" - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus,

se utilice, la diferenciación moderna del sistema jurídico aparecerá como problemática. Comparado con las expectativas tradicionales de integración de la sociedad, el derecho aparece en la pantalla de la "pérdida de función": "lack of sufficient articulation with the other differentiated systems of society".[255] Así, según este autor, a pesar de la firme valoración de la función del derecho, éste no logra imponerse de manera eficiente en los movimientos del *civil right* especialmente en el campo de la igualdad racial, además de que no está por encima de los intereses económicos, familiares, vecinales...[256] Todo esto es cierto, pero persiste la pregunta de si hay que comprender eso como pérdida de función, o si no sería más correcto (incluso desde el punto de vista empírico), revisar la determinación de la función: de la tradicional o de la que la sustituya. Conservar una determinación amplia que resalte lo positivo de la función, conduce necesariamente a lamentar las condiciones existentes. Esta puede ser una tarea de la sociología -a diferencia del derecho que se le reprocha de conformista en una sociedad que habría que rechazar. En todo esto la manipulación de los conceptos es obvia, de manera que los resultado no hacen otra cosa que mostrar los prejuicios con los que se inician las investigaciones. Si la discusión permanece en este nivel, incluso las posiciones contrarias no son sino la articulación de otros prejuicios.[257]

No es fácil rebasar esa polémica de trasfondo. Una posibilidad podría consistir en determinar con sumo cuidado la función y, como apoyo conceptual, exigir exactitud en el contexto general. Conceptos como control social, inclusión, deber ser, valores, igualdad, consenso, contingencia, tiempo, estabilización contrafáctica, en dado caso, podrían significar verdaderos aportes a la función del derecho, aunque siendo consecuentes no tendrían que aceptarse,sin que antes se analizaran, como abstracciones. Tales conceptos se tendrían que disolver para integrarlos en redes conceptuales más complejas. Por

---

Frankfurt 1984; idem., Die Akzeptanz von ungewissheit - Ein Schritt auf dem Weg zu einem "ökologischen" Rechtskonzept, en: Rüdiger Voigt (edit.), Recht als Instrument der Politk, Opladen 1986, pp. 60-85; Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft: Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 74 (1988), pp. 218-238; Lernfähigkeit des Rechts und Lernfähigkeit durch Recht (Erwiderung auf J. Nocke), Jahresschrift für Rechtspolitologie 4 (1990), pp. 141-147. La función del derecho es ahora, se dice, "la conservación de la capacidad de aprendizaje y la flexibilidad de los subsistemas sociales y de las redes referenciales organizadas" (ibid., 1990, p. 142). Cuando se supone un cambio de función, aquello que otros diagnostican como deterioro, aparece en una luz más favorable; y Ladeur tiene por lo menos el mérito de haber llamado la atención sobre este problema. Por otra parte, la citada fórmula de función incluiría demasiado - también la previsión para la liquidez en las empresas, la habilidad lingüística, la investigación básica -, de manera que ya no podría hablarse de un sistema jurídico diferenciado. Véase también las dudas de Joachim Nocke, Alles fliesst - Zur Kritik des "strategischen Rechts", Jahresschrift für Rechtspolitologie 4 (1990), pp. 125-140.

[255]Mayhew, op. cit., p. 188.

[256]En torno a este problema, véase el extenso tratamiento de Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachuesetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968.

[257]Para lo anterior se pueden aducir numerosos testimonios: Muy evidente es Günter Frankenberg, Unordnung kann sein: Versuch über Systeme, Recht und Ungehorsam, en: Axel Honneth et al. (edits.), Zwischenbetrachtungen: Im Prozess der Aufklärung: Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Francfort 1989, pp. 690-712.

supuesto que esto también se puede interpretar como táctica (si bien compleja) de ocultamiento y considerar la teoría precisamente como eso. Pero un prejuicio así se volvería más tolerable si, como efecto secundario, contribuyera al proceso de teorización científica.

VI

La discusión en torno a la "conducción social del derecho" podría sacar provecho si se introdujera una diferencia más. Además de la *función* del derecho hay que distinguir las *prestaciones* que proporciona el derecho a su entorno intrasocial y, sobre todo, las prestaciones que proporciona a otros sistemas sociales. La función surge de la referencia que se hace al sistema sociedad considerado como unidad. Para una función determinada, el sistema jurídico es algo específico: se trata, como se ha dicho, de que se puede confiar en determinadas expectativas como expectativas (no como pronósticos de comportamiento). Sin embargo, a esta función se le pueden enlazar otras expectativas que resultan de las prestaciones (más o menos importantes), y más o menos difíciles de que sean sustituidas en el entorno intrasocial. Sólo bajo el régimen de la diferenciación funcional, esos dos aspectos, función y prestación, pueden ser diferenciados. Y esto independientemente del hecho de que, también ahora, se esperan prestaciones del sistema provenientes de la función y no del status o del ethos de los representantes de la función, ni de una moral social general.[258]

En el análisis de la función del derecho, habría que dejar para más tarde dos puntos de vista que en la actualidad se discuten como prestaciones del derecho: *el encauzar el comportamiento y la solución de los conflictos*. No sólo el sostenimiento de las expectativas normativas, sino también numerosas funciones sociales, así como coordinaciones del comportamiento, dependen de que los seres humanos se comporten como lo indica el derecho: que al salir del hotel, paguen la cuenta; que respeten las reglas de tránsito y, sobre todo, que se abstengan de amenazar con violencia física a los otros. Incluso cuando se está seguro de que tales expectativas son adecuadas, eso solo no basta para alcanzar la normalidad social un poco más pretensiosa del comportamiento complementario. Otros

---

[258]Acerca de paralelismos con otros casos de la diferenciación funcional, véase Niklas Luhmann, Funktion der Religion, Francfort 1977, pp. 54 ss.; Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr, Reflexionsprobleme im Erziehungssystem (1979), reimpresión Francfort 1988, pp. 34 ss. (En castellano: El sistema educativo (Problemas de reflexión), U. De Guadalajara, U. Iberoamericana, Iteso, Guadalajara, 1993, Capítulo 1); Niklas luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, Munich 1981, pp. 81 ss. (En castellano: Teoría política en el Estado de bienestar, Alianza Universidad, Madrid, 1993, Capítulo 11); idem., Die Wirtschaft der Gesellschaft, Francfort 1988, pp. 63ss.; idem., Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990, pp. 635ss. (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996, Capítulo 10).

sistemas -de interacción, de organización o funcionales-, dependen, en este sentido, de la subvención por parte del derecho.

El hecho de que se trata sólo de una prestación se pone de manifiesto en que los sistemas no jurídicos disponen de numerosos equivalentes funcionales para asegurar el comportamiento deseado como premisa del comportamiento complementario.[259] Las tarjetas de crédito, por ejemplo, sirven para asegurar pagos, al margen de un proceso jurídico. Sin tarjeta de crédito, determinados servicios ya no se ofrecen: renta de automóviles. En las gasolineras de los Estados Unidos, los servicios por una cierta cantidad de gasolina no se liberan, si antes no se ha pagado la cantidad correspondiente. Como es evidente, aquí se trata de formas que han aparecido porque el derecho ya no es capaz de garantizar un determinado comportamiento (al menos con suficiencia). En relación al descubrimiento de las influencias de los grupos primarios y de la organización informal, la aportación que el derecho hace al encauzamiento de las conductas ha sido valorada muy por debajo.[260] Estas influencias se dan, en todo caso, en situaciones muy específicas. En las condiciones de la sociedad moderna, es poco probable que el derecho pueda ser sustituido en buena parte por tales fuentes de motivación.

Para entender esta orientación del comportamiento en calidad de prestación que hace el derecho a otros sistemas funcionales, es importante captar que no sólo se trata, como lo pensaba Hobbes, de una delimitación de las "libertades naturales". Más bien, a su vez, el derecho produce libertades artificiales que pueden ser condicionadas por otros sistema sociales; es decir, pueden ser limitadas según la manera de los otros sistemas. Por ejemplo: la libertad de rechazar ayuda caritativa y donaciones, y en lugar de eso mejor formar una capital; la libertad de ser miembro de una organización, y en lugar de eso, por condiciones desfavorables, mejor rechazar ser miembro; la libertad de rechazar a una esposa (esposo) que le convenga a la familia, y en lugar de eso mejor casarse por "amor"; la libertad de expresar opiniones inconvenientes y exponerlas (siempre posteriormente) a una crítica. En muchos sentidos los "medios" que otros sistemas utilizan para la constitución de formas propias se basan en la posibilidad de que esté garantizado jurídicamente el rechazo; es decir, la posibilidad de sustraerse a la presión que se ejerce en nombre de la moral o de la razón. No es casual que en los siglos XVIII y XIX, cuando eso ya era evidente, se opinara que la función sustancial del derecho era garantizar la libertad.

---

[259]Este es, en una forma distinta, un viejo tema. Antes se discutía a partir la pregunta de si la vigencia del derecho se basaba únicamente en las sanciones, o si se necesitaba de motivaciones extra-jurídicas. Véase por ejemplo Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3ª ed., 6ª reimpresión, Darmstadt 1959, pp. 332ss.

[260]Cfr. por ejemplo B. Richard T. LaPiere, A Theory of Social Control, Nueva York 1954 passim, en especial pp. 19ss., 316ss.

Algo similar sucede con la prestación de solucionar conflictos. También aquí la sociedad depende en mucho de que sus sistemas sociales, en caso de un conflicto, puedan recurrir al sistema jurídico. Esto es válido especialmente para el caso de rechazo de expectativas injustificadas y de remitir a los que insisten en ellas a la vía legal. Por otra parte, hay que indicar que el derecho no necesariamente resuelve los conflictos que originalmente eran el centro de atención, sino únicamente aquellos que el propio derecho puede construir.[261] En muchos casos, las estructuras profundas y los verdaderos motivos de los conflictos cotidianos, así como la pregunta de quién fue el que los empezó, se quedan al margen. Por eso mismo los efectos de las resoluciones jurídicas o de los arbitrajes legales forzados, en situaciones conflictivas dadas, difícilmente pueden ser controlados por el derecho. Además el requerimiento de que un conflicto encuentre una solución jurídica puede tener límites estrechos: por ejemplo allí donde los implicados pretenden continuar con sus relaciones y, por eso mismo, recelan de la "juridización" de sus conflictos. Por eso hay tanta violencia física (o psíquica) en las relaciones íntimas de las familias. Y por eso, también, en las relaciones de dependencia en el lugar de trabajo, muchas veces no se permite comunicar los propios derechos mediante demandas -se prefiere encontrar otro tipo de solución: por ejemplo estabilizando el conflicto como conflicto continuo, en el que cada quien aprovecha las oportunidades.

Japón tiene fama de aprovechar ampliamente los mecanismos extrajurídicos para la solución de conflictos. Asimismo, por la solución de conflictos de manera extrajurídica, se puede explicar por qué es tan limitada la utilización de los tribunales en la Common Law .[262] En Inglaterra asuntos tan importantes como el de la caza y la caza furtiva no se llevan a los tribunales. Con el creciente aumento del derecho legislativo y de las regulaciones del derecho público, ha crecido también la crítica a la estrechez de acceso a los tribunales de la *Common Law*.[263] Probablemente este desahogo del derecho se relaciona con que todavía se considera que forman parte del orden social las clases sociales y la lealtad de los grupos. Y cuando este no es el caso, entonces lo inaccesible de los tribunales agudiza la diferencia entre la inclusión de grupos pequeños y la exclusión de grandes grupos de la población, para convertirse así en un problema no sólo para la prestación sino también para

---

[261]Cfr. Johan Galtung, Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm, Journal of Peace Research 2 (1965), pp. 348-397.
[262]Véase Richard Lempert / Joseph Sanders, An Invitation to Law and Social Science, Nueva York 1986, pp. 133ss.
[263]Véase Brian Abel-Smith / Robert Stevens, Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965, Cambridge Mass. 1967.

la función del derecho.[264] Volveremos sobre este asunto en el capítulo sobre sociedad y derecho.

La diferencia entre función y prestación está, por consiguiente, en el radio de acción de las equivalencias funcionales. Para asegurar las expectativas normativas (por lo tanto no evidentes), prácticamente no existe otra alternativa que la del derecho. Aunque un comportamiento deseado se puede lograr en gran medida mediante estímulos positivos; allí la forma jurídica adquiere relevancia sólo en los casos excepcionales en los que existe verdaderamente una desviación. Los conflictos se vuelven soportables o se les resuelve de maneras muy diversas. El derecho es sólo una de muchas posibilidades -si bien una posibilidad que toma la función de un sistema monetario alternativo: ofrecer una especie de seguridad última para la libertad. La diferenciación entre función y prestación no se presenta sino como consecuencia de la diferenciación del sistema jurídico. En este sentido (es decir para los casos de encarrilamiento de la conducta y para la solución de conflictos), hay que distinguir por consiguiente entre una sociedad con sistema de derecho diferenciado y una sociedad sin este sistema. Ambas situaciones son muy distintas, incluso cuando se puedan comparar situaciones heterodoxas, desde la perspectiva del "dispute settlement".[265]

En las sociedades tribales y también en las "peasant societies" que se ven obligadas a arreglárselas sin referentes de derecho formal y sin tribunales, los asuntos de derecho se llevan a un procedimiento de conciliación: los puntos de vista comunicables se supeditan a este objetivo. Se trata de arreglos funcionales para la vida, y no -o sólo en segundo lugar- de un proceso de atribución del valor derecho/no derecho a determinadas exigencias.[266] En estos casos, durante el proceso se hace ver con claridad lo que la localidad admite como consenso, y se confronta a las partes en conflicto con la pregunta de si piensan seguir viviendo en ese lugar cómo le harán para arreglárselas. En el contexto moderno, los procesos del zanjamiento de las diferencias se realizan a través de un procedimiento contencioso de tipo jurídico. Se juega, por así decirlo, con fuego: con la incertidumbre de los resultados, con costos y retrasos. Pero la pura posibilidad de garantía legal se encuentra presente en cada momento, y la forma de un eventual consenso es una forma del derecho vigente que abre, a su vez, la posibilidad de la denuncia. El

---

[264]Véase Volkmar Gessner, Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko, Tübingen 1976.

[265]No obstante, sigue siendo problemático tratar material etnológico mediante el análisis de un procedimiento moderno de solución de conflictos, sin tomar en cuenta contextos estructurales totalmente diversos.

[266]Véase la multicitada monografía de Max Gluckman, The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia, Manchester 1955; o bien Paul J. Bohannan, Justice and Judgement Among the Tiv, Londres 1957; cfr. además Laura Nader, Styles of court Procedure: To Make the Balance, en: idem. (edit.), Law in Culture and Society, Chicago 1969, pp. 69-62. Para la situación europea, anterior a la diferenciación de un sistema jurídico autónomo en los siglos XI y XII, cfr. Harold J. Berman, Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition,, trad. al alemán Francfort 1991, pp. 85ss.

procedimiento de conciliación vive de la función sustancial del derecho que consiste en estabilizar las expectativas normativas; pero en esa forma de conciliación el derecho alcanza una plusvalía social que favorece, como prestación, a los sistemas psíquicos o sociales que han sido afectados.

Si se pretende evaluar tanto la función como las prestaciones del sistema jurídico en su conjunto, sale a relucir la imagen del sistema inmunológico: el derecho es una especie de sistema que inmuniza la sociedad.[267] Con el creciente aumento de complejidad de la sociedad, se aumentan las discrepancias entre las proyecciones de las normas. Simultáneamente, la sociedad depende cada vez más de que para tales conflictos se encuentren soluciones "pacíficas". De otra manera, la expansión de los medios de comunicación y de los sistemas de funciones así como el desarrollo de "urbes" se paralizaría. Por supuesto que esto puede ocurrir, y en la mayoría de los casos así ha sucedido. Pero existe también la posibilidad de que el sistema inmunice contra patologías de todo tipo. Con todo, queda abierto (y es imprevisible) en qué momento y por qué a alguien se le ocurrirá tomar el camino del conflicto y opondrá a la proyección de una norma la proyección de otra. Y, como sucede en general en la inmunología, para tales casos no existe previamente ninguna respuesta concreta previa. El sistema jurídico no prevé cuándo pueda ocurrir esto y cómo quedará caracterizada la situación; quiénes participarán, hasta qué grado se involucrarán. Sus mecanismos están programados para actuar "sin acepción de personas". Además de que el derecho necesita tiempo para construir la respuesta de inmunidad. Las situaciones son demasiado complejas como para que el derecho pudiera responder punto-por-punto a la aleatoriedad de las disposiciones psíquicas y situacionales y a la solución de los problemas que se imponen en la sociedad. También se podría hablar de sistema de inmunización en el sentido de que, una vez encontrada la solución, se reduce la probabilidad de nuevas "infecciones", o de que se reduce el tiempo del procedimiento.

En el contexto de la pregunta acerca de la función del derecho, existen argumentos que pueden mostrar la eficacia del proceso de diferenciación del sistema, una vez que ya ha iniciado. Habíamos visto que al aumentar la proyección de normas de manera descoordinada se llega al punto en el que una reflexividad natural ya no presenta ninguna solución a la expectativa normativa de la expectativa normativa. Por consiguiente esta descoordinación tiene que ser sustituida por la diferenciación de un sistema de organización de las decisiones del derecho que dirige la mirada a sí mismo y por eso desarrolla una red de normas oficiales vigentes. El derecho se orienta por este entramado de decisiones jurídicas, siempre y cuando tenga suficiente apoyo político. Otro punto de vista fue que se

[267]Nos vamos a referir a eso en el capítulo final.

puede diferenciar entre función y prestación en cuanto se forma un sistema funcional. Entonces se dispone de muchos equivalentes funcionales para la expectativa normativa en el campo de las prestación, y de ninguna (o prácticamente ninguna) que fuera realizable en el ámbito de la función. Finalmente vimos también las ventajas de un sistema inmunológico sobremontado que trabaja con menor complejidad: al utilizar el trasfondo de su historia propia ante lo que surge como irrupción imprevista, se da cuenta de las ventajas del proceso de diferenciación.

En la cuestión muy discutida de por qué la evolución hacia la modernidad se realizó en Europa y no, por ejemplo, en China o en la India, habría que observar con más detenimiento todos estos puntos de vista. Si la comparación la concentramos en los siglos XII o XIII (en Europa y en China), los datos demográficos, el desarrollo tecnológico, la difusión de la escritura y el bienestar, hablan más bien en contra de Europa. Sin embargo, sobre la base del Derecho Civil Romano, Europa tenía una cultura jurídica muy avanzada. Una buena parte de los clérigos eran, de hecho, jurisconsultos (derecho canónico). En Inglaterra fue sobre estas bases que se inició una evolución autónoma de la *Common Law*: los fueros urbanos se codificaron y se tomaron como modelo. La lucha por la soberanía de las ciudades italianas se realizó aprovechando la autorregulación jurídica. Como en ninguna otra parte, aquí el derecho estaba integrado a la vida cotidiana. Se podía contar, más que en cualquier otra civilización, con expectativas estables de comportamiento, independientemente de si el comportamiento fáctico respondía a las expectativas. El orden social pudo desarrollarse en la dirección de una más alta improbabilidad, porque se podía apelar a expectativas de derecho, y porque se podía prever el momento en que el conflicto se presentaría como conflicto y, en caso necesario, resolverlo en el "máximo tribunal" de la guerra. Independientemente de cómo se evalúe, en este contexto, la relevancia de la religión, de la economía monetaria, de la diversificación regional, no se debe pasar por alto que un avance importante del desarrollo se debió al derecho: a la disposición jurídica hacia una mayor complejidad e improbabilidad.

Aun teniendo en cuenta todo esto, no se puede decir que las ventajas de la especificación funcional actúen como un mecanismo que favorece la evolución. Para dar una explicación histórica se requiere de una teoría de la evolución construida de manera mucho más compleja.[268] Además de que de la pura función no resulta que el derecho se clausure y se reproduzca como sistema autopoiético. Para esto se requiere de otras evoluciones estructurales muy específicas. Las trataremos en el siguiente capítulo desde el punto de vista de una distinción: codificación/programación.

[268]Véase Capítulo 6.

Capítulo 4
Codificación y programación

I

El señalamiento de la función no basta por sí solo para describir el sistema jurídico. Ya hemos visto en el capítulo anterior, que no resulta claro cómo se orienta el sistema jurídico, cuando se reproduce a sí mismo y se delimita ante un entorno. Por ello, en la teoría sociológica de sistemas se habla generalmente de función y estructura, y las determinaciones estructurales se consideran indispensables ya que las indicaciones funcionales dejan demasiados cabos sueltos.[269] Sin embargo, encontramos este problema también en la propia teoría jurídica. Jeremy Bentham, por ejemplo, considera que la función del derecho reside finalmente en la seguridad que otorgan las expectativas; no obstante, el valor de orientación se asegura mediante "commands": mediante un legislador políticamente autorizado, con capacidad de mando. Una orden produce la diferencia entre obediencia y desobediencia. O, según las fuentes antiguas, cuando Cicerón se pregunta en qué consiste el derecho, lo primero que le viene a la mente (sustentándose en hombres entendidos en la materia) es: "ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria".[270] Evidentemente, esta reseña tiene que ver con una distinción que es específica del derecho. En nuestra siguiente exposición, este papel le corresponde al concepto de código. El código en comparación con "command", deja abierta la cuestión de la fuente de validez jurídica, ya que la fuente de validez es, como hemos visto, el propio sistema jurídico. El código no sólo es más restringido que el concepto de estructura (a pesar de que los códigos son, de hecho, estructuras), sino también llama más la atención sobre el desarrollo de las estructuras a través de la distinción código/programas.

La función del derecho descrita en el capítulo anterior produce un esquematismo binario según el cual las expectativas normativas, independientemente de su origen, o bien se cumplen, o bien se frustran. Ambas posibilidades acontecen, y el derecho reacciona de manera diversa ante cada una de ellas. Sin embargo, queda pendiente cómo tratar los

---

[269] Así Talcott Parsons, The Social System, Glencoe Ill. 1951, pp. 202s., quien introduce como divisa el "structural-functional analysis".
[270] De legibus I, VI, 18. Para el uso actual, tendríamos que sustituir "natura" por "discurso".

casos en donde un comportamiento decepcionante proyecta a su vez normas para afirmar estar en su derecho. Y ni se diga de los casos en donde una transgresión se afirma sin fundamento, o en donde se niega la adjudicación de la acción a infractores determinados. Incluso en esos casos, ambas proyecciones normativas pueden encontrar apoyo social, o existe también la posibilidad de acudir a mecanismos aleatorios (juicio de dios...) para regular los conflictos donde ambos lados obtengan el apoyo de la sociedad.[271] Pero siempre: el cumplimiento de la función jurídica depende de estructuras sociales que no están a disposición del derecho; o bien de trucos mediante los cuales se elimina esa dependencia, a costo de la previsión y la posible densidad normativa del derecho.

La evolución social rebasa este estado mediante un acto de abstracción que se superpone a la forma de la bifurcación obvia de toda expectativa (cumplimiento y decepción), en una distinción diversa. Incluso ahora depende de si las expectativas normativas se cumplen o se frustran. Esta observación inmediata de las circunstancias bajo exactamente este punto de vista soporta la función del derecho y no puede ser eliminada. Pero -y es por ello que hablamos de "superponer"-, se le complementa con una observación de segundo orden que se orienta por el código jurídico diferenciado para ello, y que se reserva el derecho de comprobar si la expectativa o la conducta decepcionante es (fue, será) de conformidad (o discrepante) con el derecho.

Si bien *lógicamente*, el esquematismo binario que distingue lo que es conforme a derecho de lo discrepante ocupa un lugar preeminente porque fundamenta la identificabilidad del sistema jurídico, *históricamente* se trata de un logro tardío que presupone la existencia previa de normas.[272] No es evidente que se escoja esta solución de la codificación binaria y que ésta se imponga a lo largo de la evolución. También puede ser que se evite justamente eso, dado el riesgo que implica; existen altas culturas que recomiendan ser prudentes a la hora de proyectar las normas, y que consideran negativa la insistencia en el derecho.[273] En esas culturas, desde el punto de vista político, se preferirá un equilibrio, y la unidad de la sociedad se describirá como armónica y no como diferenciada. En este caso, el sistema jurídico queda como solución técnica de emergencia para casos incorregibles, pero no se diferencia en un sistema funcional propio. Sus puntos

[271]Cf. para un ejemplo actual Salim Alafenish, Der Stellenwert der Feuerprobe im Gewohnheitsrecht der Beduinen des Negev, en: Fred Scholz / Jörg Janzen (edits.), Nomadismus - ein Entwicklungsproblem?, Berlín 1982, pp. 143-158.

[272]Así David Hume, A Treatise of Human Nature, Book III, Part II, Section II, cit. según la edición de Everyman's Library, Londres 1956, pp. 203ss. para justice / injustice. Volveremos a la pregunta con mayor detalle, cuando hablemos de las condiciones de posibilidad de la evolución de la clausura operativa. Cf. abajo, cap. 6, I.

[273]Cf. para la tradición confuciana Pyong-Choom Hahm, The Korean Political Tradition and Law, Waoul 1967, sobre todo pp. 29s., 41ss., 53; David J. Steinberg, Law, Development, and Korean Society, Journal of Comparative Administration 3 (1971), pp. 215-256. Para la discusión reciente, véase Kun Yang, Law and Society in Korea: Beyond the Hahm Thesis, Law and Society Review23 (1989), pp. 891-901. Para el caso de Japon, véanse las tesis cuestionables para las condiciones actuales de Takeyoshi Kawashima, The Status of the Individual in the Notion of Law, Right, and Social Order In Japan, en: Charles A. Moore (edit.), The Status of the Individual in East and West, Honolulu 1968, pp. 429-448. Acerca de otras investigaciones que documentan una distancia ante la dureza de la codificación binaria, cf. también Zensuke ishimura, Legal Systems and Social Systems in Japan, en: Adam Podgorecki et al. (edits.), Legal System & Social Systems, Londres 1985, pp. 116-125.

centrales se encuentran en el derecho penal así como en el derecho organizacional y administrativo de la burocracia en el poder. A un miembro común de la sociedad le parecerá recomendable evitar todo contacto con el derecho, juzgando que se trata más bien de un infortunio.

De la simple existencia de conflictos normativos que -en vista del daño que sus consecuencias puedan provocar-, motivan a que se hagan esfuerzos para que se encuentre solución a los conflictos, no es estrictamente posible explicar la codificación binaria. Al contrario: cada árbitro de conflicto se esforzará por aminorar la discrepancia y buscará evitar definiciones de la situación según las cuales sólo uno (u otro) puede tener la razón. Su superioridad frente a las partes en conflicto y su posición apartidista se pondrá de manifiesto precisamente en que no está obligado a ponerse finalmente de un lado y optar en contra del otro.[274] Justamente la existencia de tales conflictos y el significado de terceros independientes (casi siempre de una jerarquía mayor) que resultan de ello, hacen poco probable una codificación estrictamente binaria del derecho, y la evolución va, como suele suceder, en contra de la probabilidad, cuando impone, pese a todo, una codificación binaria.

Precisamente esto es significativo para la tradición europea: que en el derecho se instale un nivel de observación de segundo orden. Desde allí, en lugar de conciliar las proyecciones normativas inmediatas, se las someterá a otra distinción más. Esta distinción le proporcionará al derecho la forma de un sistema codificado, y sólo ella pondrá al derecho en disposición de ser usado exclusivamente bajo las condiciones que el propio derecho determine.

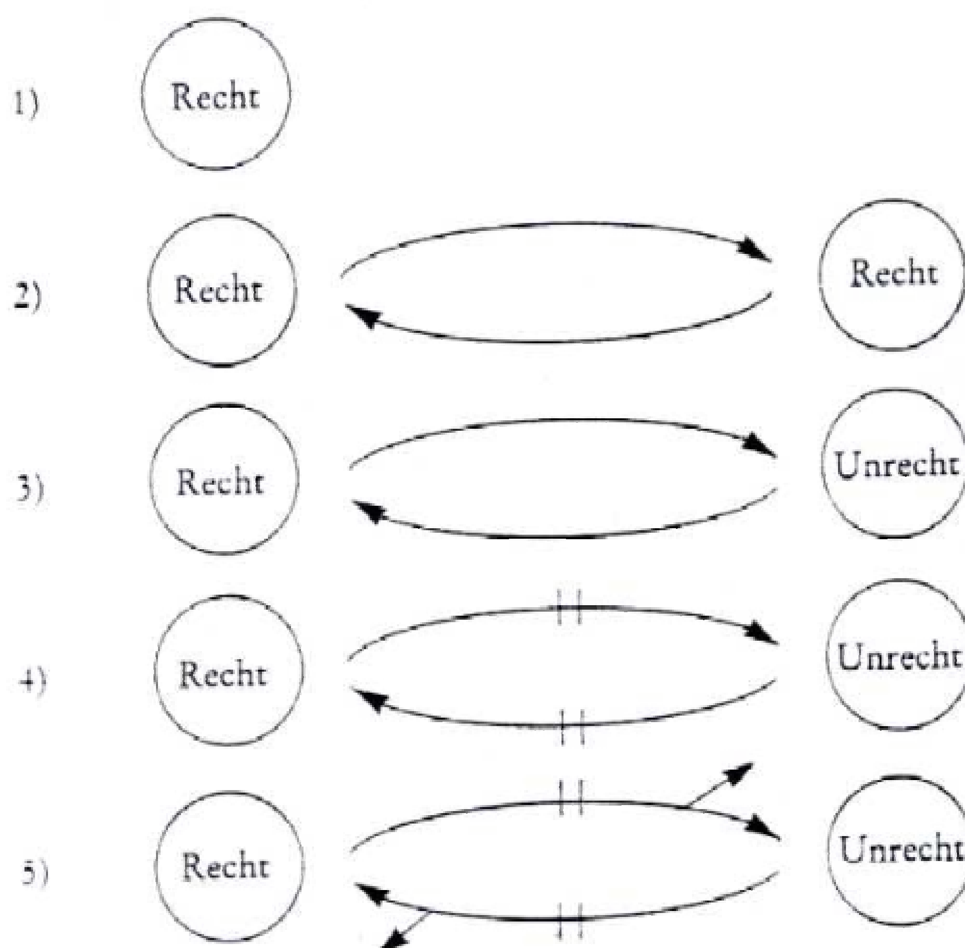
En una retrospectiva enfocada lógicamente, se puede describir la evolución fácticamente posible como desdoblamiento de la tautología; o dicho de otra manera, como disolución de la paradoja del derecho. Hablaremos, también, de destautologización o de desparadojización del derecho. Podríamos decir que se presentan los siguientes pasos:

Lo que desde siempre se había constituido como derecho, y designado como tal y que, por lo mismo, se habría distinguido de otras cosas (1), se duplica, se reafirma enfáticamente y se convierte así en la tautología “derecho es derecho” (2). Mediante la introducción de una negación, la tautología se convierte en una paradoja: “el derecho es no-derecho” (3); en el sistema de la sociedad, eso quiere decir que ambos aparecen en una correlación inevitable: el derecho de uno es el no derecho del otro, aunque no obstante, ambos sea miembros de la sociedad. Mediante otra negación, esta forma conduce hacia un antagonismo: “el derecho no es un no-derecho (4), de manera que tanto aquel que está en lo justo como aquel que no lo está, puede y debe contar con ese status, tanto en el sentido temporal como en el contexto social. La afirmación de que alguien que está en su derecho está en su no-derecho, sería una contradicción impedida por la lógica. Finalmente, este antagonismo queda excluido mediante condicionamientos (5), y no es sino hasta entonces que se desdobla la tautología o se disuelve la paradoja: derecho es derecho, o bien

[274]Véase también Vilhelm Aubert, In Search of Law: Sociological Approaches to Law, Oxford 1983, pp. 72ss.

derecho no es no-derecho, cuando se cumplen las condiciones indicadas en los programas del sistema jurídico. En este nivel de programación (autoestructuración), el sistema se puede exponer a variaciones temporales e independizarse de la casualidad de la existencia de conflictos, determinando él mismo lo que puede ser tratado como conflicto sujeto a decisiones. De esta manera el sistema mismo funge como "attractor" evolutivo de los casos jurídicos. En un capítulo posterior, vamos a exponer que eso conduce hacia un crecimiento de la variedad del sistema y hacia una problematización permanente de la relación entre variedad y redundancia.

Para mayor claridad, resumimos la secuencia del desdoblamiento en un esquema:



Sólo por prevención, añadimos que por supuesto no se trata de pasos empíricos en la constitución de un sistema, ni tampoco de estados históricos del sistema jurídico. Se trata de una reconstrucción lógica de la autopoiesis del sistema, y más exactamente, de una reconstrucción que ha de puntualizar la imposibilidad de una derivación lógica y a la vez la improbabilidad empírica de la conformación del sistema. La posibilidad de un sistema jurídico no se lleva a efecto porque pueda ser deducido de axiomas que se deben a una

exigencia lógica,[275] sino porque la autopoiesis del sistema se inicia bajo condiciones históricas excepcionales. De esta manera, se constituye un sistema que, mediante las distinciones indicadas, se describe a sí mismo.

El hecho mismo de la aguda diferenciación entre derecho y no-derecho, en primer lugar se tiene que ver como algo que llama la atención, no como algo común y corriente. Entonces se notará en qué medida la evolución del derecho resulta de la relación con la provocación que contiene. Así, una de las categorías más importantes del derecho civil romano, la obligatio, parecer haber surgido porque alguien, o bien ex delicto, o bien ex contractu, estaba en lo *injusto*, y que había que darle forma jurídica a esta situación para someterla a *un tratamiento jurídico* - precisamente como vinculum, como adstrictio, con la especificación de la culpa como resultado ineludible.[276] Derecho penal y derecho contractual, con sus formas de tipificación, surgen como formas desdobladas de tal obligatio, como derecho de obligaciones (Obligationenrecht).

Esto no quiere decir que queden fundidos el derecho y el no-derecho. Al contrario: a partir de cada obligación hay que volver a decidir de nuevo, qué comportamiento se adhiere al derecho y cuál al no-derecho. Es decir, hay que distinguir entre los dos valores del código jurídico (el positivo y el negativo), a pesar de que siempre ambos están activos y a pesar de que la distinción tiene que funcionar como modo de la correlación. Hay que trabajar con distinciones, a pesar de que no se puede ni plantear ni responder la pregunta (dado que conduciría hacia una paradoja) de si la distinción misma entre derecho y no-derecho es conforme (o discrepante) con el derecho. De repente, la propia paradoja, al pretender evitarla y cubrirla, se convierte en un principio creativo.[277] Es necesario implementar la distinción entre derecho y no-derecho mediante otras distinciones. Así, pueden presentarse situaciones en donde a uno se le responsabiliza por daños a bienes ajenos. Hay que darlo a entender cuando el causante del daño actúa en forma ilegal - de cierto modo como excepción de las reglas normales “casum sentit dominus” o bien “qui suo iure utitur neminem laedit”. En otras palabras, el derecho no puede prohibir su propio uso, ni castigar, ni emitir pruebas de responsabilidad. Sólo se puede incriminar y responsabilizar por un “damnum iniuria datum.[278] Esto es, en principio, tan plausible como evidente. Con

[275]Por lo demás, también eso sería, como sabe la lógica actual, un círculo fundacional, dado que los axiomas sólo existen para hacer posibles las deducciones.

[276]No hay consenso en torno a la cuestión de si se puede suponer el origen de la obligatio únicamente a partir del derecho penal y antes de que surgiera el presupuesto de que el contrato determinaría el comportamiento que sobreviniera después de cerrar el contrato. Cf. Giovanni Pugliese, Actio e diritto subiettivo, Milán 1939, pp. 73ss., con más observaciones. Lo notable es, sin embargo, la abstracción de una categoría que rebasa ambos puntos de partida (delito y contrato), y desde allí, la evolución de un derecho contractual desde la perspectiva de compromisos, incluso novedosos y “sinalagmáticos”, que se tienen que cumplir después de cerrar el contrato.

[277]Cfr. George P. Fletcher, Paradoxes in Legal Thought, Columbia Law Review 85 (1985), pp. 1263-1292; Roberta Kevelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law, Berlín 1990.

[278]Véase la conclusión de la facultad de derecho de Jena de junio de 1879, Seufferts Archiv 37 (1882) no. 224, pp. 312-319, a causa de una excepción: la indemnización pública por perjuicios privados. La otra excepción de conceder obligatoriamente la indemnización sobre las consecuencias de las acciones legales, se encontraba en la ley de catástrofes públicas. Cf. Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895 -

una mayor disolución jurídica del derecho, sin embargo, se presenta la reflexión de que en este corte claro, tendrían que prohibirse demasiadas conductas si se pretendiera inscribirlas, en caso dado, en el carácter obligatorio de la indemnización. Dicho de otra manera: el dogmatismo que lleva a cabo el esquema derecho/no-derecho directamente, es incompatible con el fenómeno del riesgo.[279] Como respuesta a este problema, se instituye el instituto jurídico de la garantía por riesgo,[280] que permite desarrollar las condiciones, las reglas y los fundamentos de la distribución de daños provocados por una conducta legal; es decir, permite imputar responsabilidad por una conducta permitida. Eso se justifica, entonces, de la siguiente manera: la autorización de una conducta que posiblemente provoque daños, se tiene que compensar por medio de la aceptación de la responsabilidad por dichos daños.

El ámbito de la tolerancia de acciones ilegales cometidas por parte del Estado nos proporciona un segundo ejemplo.[281] Se ha repetido incansablemente la regla de la "razón de Estado" de que un soberano tendría que hacer caso omiso de las injusticias, cuando su prosecución condujera a un desorden incontrolable, a saber, cuando se pusiera en peligro la paz y el poder.[282] Todavía en el siglo XIX se puede leer que la paz se basa en un "relajamiento de la legalidad absoluta",[283] y en general, se puede decir que el romanticismo fue la última oposición dirigida en contra del dominio del código binario derecho/no-derecho.[284] Sin embargo, "crímenes desinteresados",[285] i.e., actividades que en beneficio de determinadas ideas atacan el código jurídico como esquema bivalente se miran ya como "curiosidades" de la época, y actualmente, se recomienda, en la misma situación problemática, considerar como bagatelas los delitos menores de la "desobediencia civil". El problema del rechazo del código se presenta en forma agudizada cuando no sólo determinadas ideas o instancias externas repudian el código jurídico, sino cuando eso mismo se le exige al propio derecho. ¿Cómo, alguien que durante mucho tiempo, y a

---

tanto más notable cuanto se presentan reflexiones deetalladas, poco usuales, en el pensamiento jurídico tradicional en torno a las "consideraciones de los intereses"; como si éstas tuvieran que hacerse presentes, cuando no es posible abarcar un problema jurídico mediante el código derecho/ no-derecho.

[279]Esta conclusión es paralela a la discusión en torno a la *futura contingentia*, que siguió a Aristoteles, De Interpretatione 9; también en nuestro caso, se trata de que la verdad, o en su caso la falsedad de las declaraciones sobre acontecimientos contingentes en el futuro, no se pueden distinguir en el presente, a pesar de que es necesario regir la conducta según las perspectivas futuras.

[280]La monografía clásica acerca de este punto es Josef Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftlichtrechts und zu seiner Widereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, Munich 1941.

[281]Para un segmento importante, véase Georg Hermes / Joachim Wieland, Die staatliche Duldung rechtswiderigen Verhaltens: Dogmatische Folgen behördlicher Untätigkeit im Umwelt- und Steuerrecht, Heidelberg 1988. Cf. también Josef Isense, Verwaltungsraison gegen Verwaltungsrecht, Steuer und Wirtschaft 50 (1973), pp. 199-206.

[282]Para más detalles, véase Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik, en idem., Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. 3, Francfort 1989, pp. 65-148 (89).

[283]Friedrich Schlegel, Signatur des Zeitalters, en Dichtungen und Aufsätze (edit. Wolfdietrich Rasch), Munich 1984, pp. 593-728 (700), en el contexto de una polémica general en contra de la disposición absoluta de puntos de vista.

[284]Véase Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988/89, pp. 96-125.

[285]Schlegel, op. cit., p. 598.

sabiendas de las autoridades, haya actuado en forma ilegal, finalmente puede exigir una especie de prescripción de sus actos, o por lo menos ser nuevamente digno de confianza? El problema se agudiza también aquí, cuando en el devenir de la evolución histórica, las autoridades no conocen suficientemente el derecho (o las circunstancias), o cuando no pueden imponer la ley o desisten de exigir su cumplimiento mediante un pacto mediante el cual pueden lograr algo que de otra manera no sería posible.[286] En vista de tal confluencia (confusión) entre derecho y no-derecho, es necesario determinar de nuevo qué mezcla de derecho y no-derecho es, en caso dado, lo que está en conformidad (o en disconformidad) con el derecho. Pero, entonces, el derecho se vuelve dependiente de la época: porque no es sino en el momento de la decisión jurídica cuando se puede reconocer cómo valorar jurídicamente este tipo de comportamiento.

Por lo visto, cuando el propio sistema jurídico pretende cruzar los límites del código entre derecho y no-derecho, es decir, cuando pretende sabotear la mutua exclusión de los valores, requiere del tiempo; dicho de otra manera: el sistema debe tener la capacidad de distinguir, con base en sus propios programas, situaciones jurídicas previas, de otras posteriores. Visto así, se correlacionan la temporalización de la validez simbólica y el acto de llevar a efecto la validez momentánea del código binario: la dureza objetual del esto/o aquello que es necesaria para que el sistema de derecho llegue a diferenciarse, se tiene que compensar echando mano del recurso del tiempo: lo diverso se tiene que alinear en una secuencia; la diferenciación requiere de una dinamización del sistema.

De tales hechos, que por lo demás siempre han acompañado la evolución del derecho,[287] no hay que concluir que la oposición estricta entre derecho y no derecho tenga poca importancia. Eso significaría deducir que la paradoja, de hecho, deja de existir cuando se vuelve invisible. Sólo se comprende la dinámica evolutiva observada en tales situaciones, cuando se parte de la forma arriesgada de una distinción sustentada en un código binario, por medio de la cual el sistema se irrita {estimula}permanentemente a sí mismo.

II

En un sentido práctico, los códigos binarios son fáciles de manejar: sin esta ventaja, no se les podría instituir. Con el conocimiento ordinario sobre la formas, se puede reconocer que en la mirada se conservan dos valores cuando uno de ellos excluye al otro. Entonces,

---

[286]Véase Keith Hawkins, Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution, Oxford 1984; Gerd Winter, Bartering Rationality in Regulation, Law and Society Review 19 (1985), pp. 219-250. Para la amplitud de este fenómeno, como un implemento pactado de fines políticos, donde las consideraciones jurídicas simplemente se añaden, véase también Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1 (1990), pp. 5-33. (17ss.); Charles-Albert Morand, La contractualisation du droit dans l'état providence, en: François Chazel / Jacques Commaille (edits.), Normes juridiques et régulation sociale, París 1991, pp. 139-158. Arthur Benz / Wolfgang Seibel (edits.), Zwischen Kooperation und Korruption, Baden-Baden 1992.

[287]Cf. Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, Journal of Law and Society 15 (1988), pp. 153-165.

para poder clausurar el sistema, ya tan sólo se requiere de la regla adicional de que todo lo que no pertenece al derecho, es no-derecho, o viceversa. Sin embargo, esta ventaja del esquematismo encubre estructuras lógicas complicadas. Las designaremos con el término lógico-matemático de re-entry: el doble reingreso de la forma dentro de la forma.

En el caso normal, las formas están construidas de tal manera que una re-entry sólo puede efectuarse en un lado (para precisar: en el lado interno de la forma), ya que el otro lado, como unmarked state, sólo se presenta con el fin de la delimitación. Como prototipo, esto es válido para la distinción entre sistema y entorno: distinción que sólo se realiza en el sistema y no en el entorno.[288] En el plano lógico, esta asimetría, sin embargo, no es forzosa, puesto que el término re-entry sólo significa que mediante un corte (la marcación de la forma), un espacio se parte en dos mitades. Y, así, de hecho se crea un espacio que representa el mundo y que entonces se pone a disposición para una nueva entrada de la distinción en lo ya por ella dstinguido.[289] Para la función de la codificación, la re-entry de un solo lado no es suficiente: eso significaría, en el sentido operativo, que el límite de la forma no podría cruzarse; i.e., que prácticamente no se podría sino soñar acerca del no-derecho, en el derecho. Todo cruce del límite se perdería en el espacio infinito de la otredad y no regresaría jamás. Sólo si la posibilidad de la re-entry queda a disposición de ambos lados de la forma, la autorreferencia puede convertirse en simetría que luego, en el sistema, puede ser re-asimetrizada a través de condicionamientos.[290]

La asimetría de la forma de sistema y la simetría de la forma de código tienen que coincidir en el sistema. La asimetría de la forma asegura la clausura del sistema incluso cuando sus operaciones se orientan hacia el entorno. La simetría del código asegura el constante cruce del límite que marca el código. El sistema, cuando reconoce el no-derecho, no puede dejar este no-derecho al arbitiro de sus propias manos, sino que tiene que encontrar posibilidades para tratar ese no-derecho en términos de derecho. Dicho de otra manera, el no-derecho es una señal desencadenante indispensable para las operaciones jurídicas. No sólo el valor del derecho, sino también el valor del no-derecho tienen que ser comprendidos como realización completa del código en el ámbito codificado, como valor contrario al valor contrario. Tal estructura ha sido designada, también, como "nested oppositions".[291] Como veremos más adelante, en ello se basa la agilidad y tecnicidad para pasar de un valor al otro y, a la vez, para que se eviten todos los conflictos entre valores al

---

[288]Lo mismo vale para otros casos importantes – así, para la forma del signo que únicamente se puede copiar al interior del significante y no de lo significado.

[289]Cfr. George Spencer Brown, Laws of Form, reimpresión Nueva York 1979, pp. 56s., 69ss.; Francisco Varela, A Calculus for Self-reference, Internacional Journal of General Systems 2 (1975), pp. 5-24; Louis H, Kauffman, Self-reference and Recursive Forms, Journal of Social and Biological Structures 19 (1987), pp. 53-72 (56s.).

[290]Acerca de la condición de la autorreferencia y de la distinción, como operaciones que requieren tiempo y re-entry para la producción de simetría, véase especialmente a Kauffman, op. cit. (1987).

[291]En el contexto de una crítica de la idea, frecuente en Estados Unidos, sobre la "deconstrucción" como un método que rechaza las distinciones, véase como ejemplo a M .Balkin, Nested Oppositions, Yale Law Review 99 (1990), pp. 1669-1705: "nested oppositions – that is oppositions which also involve a relation of dependence, similarity, or contentment between the opposed concepts".

interior del ámbito codificado. Dicho de otra manera: los conflictos entre valores de código se convierten en conflictos entre sistemas, pero no al interior de los sistemas.

Todas estas reflexiones presuponen una relación entre autorreferencia y distinción. Una se realiza tan sólo junto con la otra, y viceversa. Únicamente los sistemas autorreferenciales pueden distinguir (observar), porque para ello tienen que distinguir, de sí mismos, lo designado mediante la distinción; y en sentido opuesto: la autorreferencia presupone evidentemente la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia (Fremdreferenz). "Therefore, self-reference and the idea of distinction are inseparable (hence conceptually identical)", se lee en Kauffman.[292] Ninguna complicación adicional puede revertir esta condición elemental, ni puede disolverla "dialécticamente": tan sólo puede designarla. Por lo tanto, todo intento de observar la unidad global en el mundo, o mejor, de observar la unidad de la diferencia en la cual se basa una observación, termina en una paradoja. Por eso el derecho sólo se puede fundamentar desplegando una paradoja, introduciendo distinciones que tengan capacidad de identificar.[293]

La unidad de un sistema codificado de manera binaria, por lo mismo sólo puede describirse en forma de una paradoja. Operativamente, la paradoja se reproduce permanentemente, pero no puede ser observada en el sistema, a no ser en forma de construcciones simplificadoras -que trataremos en el Capítulo 11. La paradoja no puede ser observada, porque para ello se necesitará la aplicación del código a sí misma; es decir, decidir si la distinción derecho/no-derecho es, a su vez, algo conforme (o discrepante) con el derecho. La paradoja del sistema es, en el derecho como de otra manera también en la lógica, el punto ciego del sistema que permite la operación de la observación.[294] La paradoja representa, por así decirlo, el mundo -que es igualmente invisible-, en el sistema. Ella es la razón que debe permanecer invisibilizada, con la consecuencia de que toda fundamentación tiene un carácter dogmático – incluyendo la tesis de que la distinción derecho/no-derecho se introduce en el sistema de manera sobreentendida, ya que de otra manera, no podría existir ningún cultivo ordenado del derecho.

Así, el código mismo es ya el primer paso para la disolución de la paradoja, que de todas maneras existe sólo como problema de observación propio del código. El código exige ser practicado como distinción, y no como unidad de lo distinguido. Entendemos por código el que el derecho utilice un esquema bivalente para estructurar las operaciones propias y para distinguirlas de otros asuntos.[295] Códigos son estructuras llenas de condiciones que, en la

---

[292]Op. cit. (1987), p. 53.

[293]Así, por ejemplo, mediante un paso intermedio que introduce la norma de la justicia, que entonces se define como trato igual de los casos iguales, y como trato desigual de los casos desiguales.

[294]O en una expresión más poética, "une lumière qui, éclairant lo reste, demeure à son origine dans l'obscurité" – así Maurice Merleau-Ponty, Le Visible et l'Invisible, París 1964, p. 172.

[295]Apenas hace falta mencionar que este término de código no coincide con el de la semiótica. La semiótica designa con "código" una función o una regla de asignación que relaciona una expresión con un contenido común. Cf. por ejemplo en la aplicación al derecho, Thomas M. Seibert, Zur Einführung: "Kode", "Institution" und das Paradigma des Rechts, Zeitschrift für Semiotik 2 (1980), pp. 183-195. Pero cuando se trata de una regla de adjudicación (y no de los contenidos adjudicados mismos), también el uso de lenguaje semiótico se basa en una estructura finalmente binaria, y la propuesta del término favorecido sólo la rebasa en

máxima simplificación, pueden ser reducidas al logro de la *bi-estabilidad*. Con eso nos referimos a sistemas que pueden tomar dos estados (positivo/negativo, 1/0, encendido/apagado, etc.), a partir de los cuales se desarrollan las siguientes operaciones. Son sistemas que tienen integrada una distinción y una forma, y que incluyen la posibilidad de que sus operaciones se conecten indistintamente a un lado o al otro de la distinción – para expresarlo en la terminología de Spencer Brown: sistemas que tienen integradas operaciones de "crossing". El adelanto consiste en que la disposición contempla dos y sólo dos puntos de enlace que no pueden ser utilizados al mismo tiempo. La adquisición no prevé que el sistema disponga de posibilidad de observación, de autoobservación, de distinción entre autorreferencia y heterorreferencia (como acontece, desde luego, en el sistema jurídico). Ya la bi-estabilidad provoca que el sistema, totalmente determinado, pueda reaccionar con operaciones propias a un entorno altamente complejo, sin necesidad de *ajustarse punto-por-punto a él*. Eso se mantiene a lo largo de todas las evoluciones subsecuentes y ya no se altera. También los códigos binarios como el de derecho y no-derecho, tienen por lo tanto la forma de la bi-estabilidad y con eso se garantiza que el sistema puede enlazar sus siguientes operaciones tanto en la determinación del derecho como en la afirmación del no-derecho – independientemente de la distinción positivo/negativo que afirma que en el sistema sólo se pueden construir posiciones mediante el derecho, y no mediante el no-derecho.

Desde el punto de vista lógico, la biestabilidad presupone la exclusión de valores (o designaciones) terceras que no se pueden adjudicar ni a un valor ni a otro. Bajo este supuesto, ambos valores son convertibles mediante una simple negación, sin que ello requiriera de una "interpretación" de los valores. En el nivel operativo, esta exclusión se produce mediante la constitución de un entorno, para la cual puede suponerse la característica del ni lo uno/ni lo otro. A diferencia de una aplicación primaria del cálculo de Spencer Brown, el otro lado de la distinción no es eo ipso el "unmarked space" que permanece siempre sin especificar; sino que el sistema coloca su código, su distinción principal, como forma bilateral en dicho "unmarked space". Es decir, el sistema puede especificar ambos lados de su código; pero sólo lo puede hacer de tal manera que precisamente es así como se produce un efecto de exclusión, que convierte el resto del mundo (como algo que no se puede especificar en el sistema), en entorno.[296]

Gracias al código binario existe un valor positivo que llamamos derecho, y un valor negativo que llamamos no-derecho. El valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las

---

cuanto que el código mismo se ve como una duplicación artificial de la realidad, con lo cual cambia el sentido de ambos lados de la relación codificada. Y la pregunta es, entonces, qué se puede ganar con la duplicación como tal (o bien: con la "forma" del código).

[296]Quede advertido que los términos mundo y entorno se entienden técnicamente exactos, y que se tienen que distinguir de las cosas y los sucesos en el mundo o en el entorno que, por supuesto, el sistema puede especificar, siempre y cuando su código y sus programas lo prevean.

normas del sistema. Aquello que acabamos de llamar “asunto”, es construido por el propio sistema. El sistema no reconoce ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un “asunto”, si bien este término puede designar situaciones tanto internas al sistema como externas a él. La “jurisprudencia” practicada mediante la adjudicación de los valores derecho/no-derecho, es una cuestión interna al sistema. Fuera del derecho, no existe ninguna disposición acerca del derecho y el no-derecho. Esto por lo demás es una afirmación absolutamente trivial (que no obstante, tiene consecuencias nada triviales en el contexto de su evaluación teórica). Esto se puede también resumir en la constatación de que siempre que una operación dispone acerca del derecho y del no-derecho, el sistema la reconoce como una operación propia del sistema y la incluye en la red recurrente de sus otras operaciones. En todo caso, se puede plantear, entonces, la pregunta hasta qué grado se puede asegurar la consistencia (o bien, la redundancia informativa) – en la Edad Media, por ejemplo, en la relación entre el derecho canónico, el derecho civil y las costumbres legales, en ausencia de una jurisprudencia unificada.

El efecto de ordenamiento y separación de la codificación se basa en su bivalencia. Eso quiere decir, en primer lugar, que el sistema no puede ser un sistema dirigido hacia un término -orientado teleológicamente-, que pudiera operar hacia una meta positiva y que, al alcanzar esta meta, cancelara sus operaciones. Dicho de otra manera: la *unidad* del sistema no se puede representar en el sistema como *meta* que debe alcanzar, como estado final. Orientaciones hacia una meta determinada pueden existir en el sistema, pero sólo como episodios: por ejemplo, procesos individuales que culminan en una ley o en una decisión de un tribunal, o bien los debates en torno a un contrato con el fin de llegar a un acuerdo y a su cierre. Al alcanzar esta meta, terminan esos procedimientos o debates realizados en el plano de la interacción. La condición de tales metas y su alcance es, sin embargo, que con ello no se llegue también al fin del propio derecho, y que con ello termine. Al contrario: la división en episodios, el marcaje de la meta, la diferenciación temporal en el derecho se basa justamente en que el propio sistema jurídico continúe operando y que integre los resultados de los procedimientos y debates en el contexto de las condiciones de las siguientes operaciones.[297] Si el propio derecho terminara junto con el procedimiento, no se iniciaría, en primer lugar, con los procedimientos. Por lo mismo, el derecho es una historia sin fin, un sistema autopoiético que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso.

Cualquier decisión que confirme el derecho (o el no-derecho), produce, a su vez, en la aplicación subsiguiente, asuntos o bien conforme con el derecho, o discrepantes con el derecho. No es algo conforme a derecho cuando aquel que, gracias a una sentencia jurídicamente válida, estando en lo justo, ejecute esta sentencia por su propia mano; y en la

[297] Véase al respecto las explicaciones en torno a la “relación de episodios” en el sistema jurídico, en Gunther Teubner, Episodenverknüpfung: Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, en Dirk Baecker et al. (edits.), Theorie als Passion, Francfort 1987, pp. 423-446.

cárcel, se tiene derecho a la comida, a un tratamiento humano, etc., a pesar de que se esté preso por un delito cometido. Cada operación que opte por uno u otro valor, abre con ello nuevamente el código, con la posibilidad de que las operaciones subsiguientes puedan ser evaluadas según uno u otro valor. Con ello se afirma también que, por la dimensión temporal del sentido, el sistema es gracias a su clausura, un sistema abierto. La reproducción autopoiética es, así, la reproducción de la posibilidad de reutilización del código. Un sistema jurídico diferenciado, orientado por su propio código, se caracteriza, por lo tanto, porque somete a *regulaciones internas* no sólo el enlace continuo del comportamiento conforme con el derecho (o discrepante), sino también la posibilidad siempre nueva de caer en la injusticia, al usar la justicia; con este sometimiento a los reguladores internos, utiliza ambas posibilidades *para confirmarse a sí mismo*. Ya no se trata, como en los órdenes jurídicos tribales, de hacerle justicia a quien se ha lesionado, o de contribuir a la solución de conflictos entre grupos.

La bivalencia no sólo es (a diferencia de la monovalencia) la condición mínima para mantener abierto el sistema operativamente clausurado. Es al mismo tiempo (y a diferencia de la polivalencia), una condición para la capacidad de decisión y con ello una condición para la jurisdiccionalidad (véase Capítulo 7). Cualquier intento de ampliar la lista de los valores del código con más denominaciones complicaría de golpe las situaciones de decisión de tal modo que empíricamente, y a pesar de lo que estime la "lógica polivalente", el sistema ya no podría operar con suficiente seguridad. Intentos en este sentido los hubo principalmente en la Edad Media y en la modernidad temprana. Por un lado, se reconocía que en nombre de un bien mayor de la Iglesia o aun de poderes laicos, se permitía la "derogación" del derecho –como si existieran tres valores: derecho/no-derecho/y usufructo común (Gemeinnutz). Permanecía la duda de si eso era una norma del derecho natural y en caso afirmativo, si también se justificaban las transgresiones contra el derecho natural.[298] El otro caso era la norma de la "razón de Estado" de no perseguir e ignorar los delitos (o bien, de simular su conocimiento), cuando su seguimiento fuera políticamente demasiado peligroso y provocara rebeliones, guerra civil o la oposición de poderosos grupos de nobles –como si existieran tres valores: derecho/no-derecho/ y conservación del poder político.[299] Los ejemplos muestran, al mismo tiempo, que la estructura no ha sido ampliada hasta la forma de una trivalencia reconocida, ya que ello hubiera llevado evidentemente a una desorientación de la práctica jurídica. Más bien, el problema se frenó al interior del derecho y acabó siendo silenciado ante una práctica jurídica de por sí más bien deficiente –ya fuera en la forma de una paradoja aceptada del carácter jurídico de una violación del derecho, ya fuera en la forma de derechos especiales, derechos extraordinarios, dispensas del tipo ius eminens. El candidato para la posición de un tercer valor no podía quedar simplemente junto al derecho y al no-derecho en la lista de los valores. Sólo quedaba la posibilidad de

---

[298]Véase al respecto Niklas Luhmann, The Third Question, op. cit., pp. 156s.
[299]Véase supra, nota 14.

someterse al código binario, y no obstante de reclamar frente a él la posición de un valor de reyección;[300] es decir, la posibilidad de rechazar la obligatoriedad de someterse tan sólo a una opción. Nos encontramos aquí con los restos de una discusión antigua y medieval de la pregunta acerca de si el derecho puede dispensarse a sí mismo de su aplicación. Hoy en día, sobre todo después de la introducción (y realización) de la prohibición de la denegación de la justicia, habría que rechazar esta idea. Además, un valor de rechazo no representa, como en la retórica romana o en la teoría jurídica medieval, un valor de grado superior.[301] Evidentemente no es posible imponer normas superiores a un código, al rechazarlo. Más bien se trata de la forma lógica con la que el sistema de la sociedad opera cuando existen, al interior de ella, varios sistemas codificados de diversa manera, sin que la sociedad pueda disponer de un código superior.[302]

La autorización de autorrechazo del código está construida de manera paradójica, dado que el autorrechazo hace alusión nuevamente al derecho y al no-derecho. Precisamente por ello la paradoja se despliega mediante una diferenciación de los niveles de la validez jurídica. De ello tenemos que distinguir otro caso que, en observación directa, toma la forma de una tautología. A todo sistema funcional se le permite reformular la propia bivalencia como exclusión de terceros valores. En el contexto de la sociedad, eso quiere decir: rechazar los códigos de otros sistemas funcionales, con el requisito de aceptar sin condición alguna el propio. Sin embargo, con ello quedan limitadas únicamente las posibles opciones, no la relevancia de los valores que se deben observar puntualmente. A eso corresponde en el sistema jurídico, como veremos en forma más detallada, la diferenciación entre codificación y programación mediante la cual se pueden hacer valer, en el nivel del programa, aquellos "otros valores" excluidos en el nivel del código: bajo la condición, cabe aclarar, que se condicione la diferencia entre derecho/y no-derecho.

La unidad de un código se expresa en tanto no se puede tomar una decisión sobre un valor sin tomar en cuenta el otro. Con ello se rompe una conciencia jurídica diríase inmediata. Siempre hay que partir de que también el otro valor puede ser usado; así como en una situación determinada se puede estar convencido tanto del derecho como del no-derecho. La adjudicación de valores a determinadas situaciones supone, por ello, la evaluación y el rechazo de la posibilidad contraria –así como en el sistema científico, un

---

[300]Este término en el contexto de una lógica de operaciones "transjunctivas", en Gotthard Günther, Das metaphysische Problem einer Formalisierung der transzendental-dialektischen Logik, e idem., Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations, en idem., Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, vol. I, Hamburgo 1976, pp. 189-247, y 249-328.

[301]Cf. el material presentado, y aún no superado, de Alessandro Bonucci, La derogabilità del diritto naturale nella scolastica, Perugia 1906.

[302]Acerca de la forma lógica, habría que agregar que el tomar en cuenta valores de aceptación o valores de rechazo, rompe con la estructura clásica de la lógica bivalente. Con ello se derrumba también la atadura con una visión del mundo ontológica o ético-política, basada en una sola diferenciación direccional, como la de ser/no ser, o bien/mal, y que simplemente por razones lógicas no podía abrir al observador posibilidades de opción estructuralmente más complejas. Así, como se mofaba Heidegger, no podía distinguirse en la metafísica ontológica entre la verdad (valor de código) y lo correcto (conformidad con el programa) del conocimiento. Y dificultades similares condicionan aún hoy en día la tenacidad con la cual se buscan – o se echan de menos – valores de fundamentación por encima del derecho.

teorema sólo puede ser designado como verdadero cuando se afirma, al mismo tiempo, que se evaluó que no es falso. Ciertamente no existe, en tales cuestiones, ninguna seguridad absoluta, ni tampoco una instancia que – casi podría decirse: independientemente de sí misma – determinara lo que es cierto para cada punto de vista posible. Sin embargo, este déficit de definitividad puede ser compensado en el sistema, ya sea mediante la aceptación de todas las hipótesis de las afirmaciones científicas, ya mediante la institución de la fuerza del derecho que bloquea el que la evaluación se repita bajo las mismas premisas.

De esta manera, el código "despliega" la paradoja que consiste en que la unidad del sistema está conformada por dos valores incompatibles, i.e., que *la distinción* tiene *dos lados* que, desde el punto de vista temporal, son relevantes a la vez, pero que no se pueden usar *al mismo tiempo*. La introducción del segundo valor provoca, entonces, que la primera intuición -que desea continuar con operaciones acerca de lo que considera conforme con el derecho-, no continúe así nomás por nomás (a menos que sea a riesgo propio). El segundo valor es por lo tanto un valor negativo, un valor de control, un valor que hace que todo derecho se vuelva contingente, considerando incluso el no-derecho. Toda adjudicación de los valores es, luego, un resultado contingente producto de operaciones contingentes. Esta adjudicación se tiene que presentar como una decisión que por principio también hubiera podido ser de otra manera y que, además, *eso ha sido tomado en consideración*.

Esta tesis se puede reformular con la afirmación de que la codificación presupone la posibilidad de la observación de segundo orden en el sistema. Eso no excluye el operar en el nivel nivel de primer orden; i.e., operar con afirmaciones no reflexivas sobre el derecho o el no-derecho. También éstas afirmaciones son operaciones del sistema en el sistema. Pero la clausura del sistema, como hemos anotado ya en el segundo capítulo, sólo se produce si toda observación en el sistema se sujeta a una observación de segundo orden.

La clausura del código se logra mediante la facilitación del paso de un valor al otro, mediante el "cruce" (crossing) de la frontera. El derecho tiene que ver, entonces, por ejemplo más con el no-derecho que con el amor. Podemos designar este requerimiento de una codificación eficiente también como *tecnificación* del código. Eso quiere decir que el cruce puede ser realizado como una operación técnica, cuyo éxito depende de pocas condiciones, y no del sentido del mundo en general, ni de las características particulares del "sujeto" que realiza el cruce.[303] Los valores del código no requieren, como ya se dijo, de ninguna interpretación. Se puede saber (e incluso prever), sin conocimiento de causa sobre el mundo y los seres humanos, de qué depende en cada caso si algo es conforme (o discrepante) con el derecho; basta con saber observar aquellas condiciones y movilizar los segmentos correspondientes del conocimiento sobre el mundo y los hombres que en el

---

[303]El término se refiere, con énfasis positivo, precisamente a la independencia de la dotación concreta y subjetiva de sentido, que lamenta Husserl en su crítica a la ciencia moderna -idealizada en el plano de la técnica. Véase Edmund Husserl, Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die Transzendentale Phänomenologie, Husserliana vol. VI, Den Haag 1954.

propio sistema jurídico se designan como decisivos: primero hay que buscar en la legislación, y la pregunta es tan sólo, ¿dónde?

No obstante, y precisamente por ello, la tecnificación del código derecho/no derecho tiene un lado muy humano. Porque a la mayoría que están en su derecho y quieran seguir estándolo, no les basta con que se les confirme que están en su derecho. También quisieran que sus adversarios no estuvieran en lo justo -y frecuentemente es difícil decir cuál es el motivo primario. El código permite, mediante el acoplamiento directo (es decir, técnico) de valor y no-valor que eso acontezca casi automáticamente, de manera que no es necesario exponerse de manera especial como alguien que está interesado, por sobre todo, en que a su adversario se le señale como el que no está del lado del derecho.

La tecnificación puede entenderse como condición y como estímulo a la decisión racional. Con ello, sin embargo, se limitan las pretensiones de racionalidad mediante la forma del código. Se puede hablar específicamente de una "racionalidad jurídica",[304] pero sin deducir, de aquí, que se trate de una racionalidad para toda la sociedad. Con ello se vuelve problemático el uso del término "razón" en este contexto. Lo que sí se puede lograr es la posibilidad de determinar al interior de zonas borrosas de tolerancia, si se ha cometido un error (o no) al asignar los valores derecho/no-derecho. Y esto es, a su vez, la condición de posibilidad de que tenga sentido organizar dentro del sistema una jerarquía del control de los errores, es decir, una instancia especializada. Sólo así se puede apoyar finalmente la idea de que muchos procedimientos se realizan paralelamente, y no obstante pueden ser decididos en el mismo sentido, de manera que no influye (o sólo de manera mínima), en el resultado qué tribunal, qué cámara, qué juez se ocupa de la toma de decisión. Esta cuestión ha encontrado cierto interés entre los juristas e incluso en la sociología del derecho, y es evidentemente que sí pueden influir bajo ciertas circunstancias. Pero incluso en estos casos la tecnificación del código opera en tanto esos casos se traten como anomalías, y en tanto se pueda especificar, con base en conocimientos jurídicos y circunstanciales, si y bajo qué aspectos específicos pueda haber una diferencia, dependiendo de quién haya tomado la decisión.[305]

A diferencia de las proyecciones normativas inmediatas, el código permite reducir cualidades muy diferentes a una forma. Esto independiza la evaluación jurídica de muchas evaluaciones sociales y abre a la vez una gama amplia para la combinación de las características. Puede haber, por ejemplo, hombres buenos, pero incapaces; o capaces, pero malos[306] -a diferencia de las posibilidades de las altas culturas, arriba mencionadas,

---

[304]Terminología de Schelsky, die juridische Rationalität, en Helmut Schelsky, Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen 1980, pp. 34-76.

[305]El hecho de que exista esta posibilidad, pero que es típico sobrestimarla, lo muestran estudios en torno a supuestas influencias de las posiciones políticas de los jueces, sobre todo en la práctica del derecho constitucional. Esos estudios mostraron resultados mínimos en este sentido..

[306]Cf. Siegfried Streufert / Susan C. Streufert, Effects of Conceptual Structure, Failure, and Success on Attribution of Causality and Interpersonal Attitudes, Journal of Personality and Social Psychology 11 (1969), pp. 138-147, en torno a efectos correspondientes de una alta complejidad del sistema..

orientadas hacia la armonía, y a diferencia también del concepto areté/virtus de nuestra tradición, que depende de la concentración de las buenas (o malas) cualidades[307]. Por supuesto, esto no quiere decir que una "correlación" con las evaluaciones sociales ya no sea posible; pero esta correlación tendría que ser legitimada al interior del sistema: vinculada al sistema, aplicada autopoiéticamente.

Bajo todos estos supuestos, existen aún dos posibles interpretaciones del código. Una trata el código como división del mundo en dos mitades: derecho y no-derecho. Todo lo que puede suceder, o bien es conforme con el derecho o discrepante. En el caso de una observación y descripción de este tipo, se especifica un lado del código, y se mantiene el otro como categoría residual: como aquello que permanece como "unmarked space" (Spencer Brown) cuando se determina la forma del derecho. Para ello existen nuevamente dos versiones: se puede tratar como "lado interior" del código o bien el derecho, o bien el no-derecho, mientras que el otro lado se tratará como "lado exterior", como categoría restante. Los problemas tanto de una como de la otra opción se pueden corregir en la medida en que se formulen, de manera relativamente indeterminada, las normas que permitan (o bien prohiban) algo. Los "programas" del sistema (retomaremos este punto enseguida) pueden basar sus aportaciones específicas más de un lado del código que del otro; i.e., pueden condicionar más en el sentido del derecho civil: estar en lo justo; o más en el sentido del derecho penal: estar en lo injusto.[308]El lado subdeterminado sirve, entonces, como una especie de "variety pool" para fines de interpretación y argumentación. Es decir, pese a que los dos lados se reflejan mutuamente, existe una diferencia en la presentación, una diferencia política, una diferencia semántica e incluso una diferencia en el tratamiento jurídico de los casos dudosos, dependiendo de si se parte de la conformidad o de la prohibición.

La versión del código como corte universal -como código universal-, no es sin embargo la única posible. Se trata de la versión que se practica en el propio sistema jurídico y que estructura operaciones sociales (comunicaciones) sólo a través de la mediación del sistema jurídico. La otra versión se ofrece cuando se parte de la sociedad como el sistema que abarca e incluye todas las comunicaciones. Al basarse en esta referencia sistémica, existen muchos sistemas parciales con códigos distintos para cada caso, que sólo desde el punto de vista del sistema parcial adquieren una primacía funcional y una validez universal. Piénsese, para aclarar el ámbito de la diferencia, en el código de propiedad del sistema económico, en el código de selección del sistema educativo, o bien en el código del poder del sistema político. Este tipo de códigos son válidos entonces para la sociedad únicamente

---

[307]Desde el punto de vista formal se trata aquí de distintos modelos para el trato con la variedad y la redundancia. Retomaremos el tema al tratar la argumentación jurídica.

[308]Se sobreentiende, después de un largo debate que se remonta por lo menos hasta Bentham, que se trata aquí de una distinción muy superficial entre derecho civil y derecho penal. En todo caso se refleja el otro lado del código, en el derecho penal por ejemplo mediante la doctrina de la protección jurídica de la propiedad (cf. Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Francfort 1972).

con un índice sistémico. La sociedad sólo exige que se distingan esas diferencias con sus respectivos valores específicos: positivos y negativos . Ella misma no requiere de ningún código propio, dado que su clausura operativa y sus límites están asegurados -o en todo caso se pueden asegurar-, al distinguir entre comunicación y falta de comunicación. En su lugar se enfrenta hoy en día el problema de cómo la sociedad pueda describirse a sí misma como un sistema que prevé varias codificaciones -cada una universal para sí misma. Los medios descriptivos tradicionales de una lógica bivalente y una ontología que estructura la observación siguiendo el esquema ser/no ser, ya no son suficientes para ello. Tampoco se puede aceptar el código de verdadero/falso de la ciencia como forma de la autodescripción de la sociedad (lo cual no excluye que la ciencia a su vez describa la sociedad), ya que también este código no es sino el código de un sistema funcional de la sociedad. La situación que resulta de ello se presenta frecuentemente de manera negativa, como la imposibilidad de algún tipo de informe total, por ejemplo en el concepto de Lyotard de posmodernidad. Sin embargo, y siguiendo a Gotthard Günther, también se puede suponer que, para sus autodescripciones, la sociedad debe utilizar operaciones transyuntivas que contemplen la posibilidad de mostrar que cada sistema de funciones debe incluir un valor de rechazo para refutar la relevancia de los códigos de otros sistemas.[309] A diferencia de sistemas de orientación estrictamente polivalentes, eso tendría que entenderse no como inclusión de un tercer valor en el código, sino como una observación de segundo orden, es decir, como reclamo del derecho de utilizar su propio código (y ningún otro), a pesar de que en la sociedad sí existen otros. No se trataría, entonces, sino de una reflexión de la diferenciación por funciones del sistema sociedad en el nivel de sus sistemas parciales.

III

El código del sistema tiene características que impiden que el sistema jurídico se oriente exclusivamente por el código propio. El término de código no es, en otras palabras, un término nuevo para el viejo término de principio; en todo caso, acepta la sucesión de manera parcial. Queremos exponer esta insuficiencia de la codificación pura bajo dos puntos de vista: el temporal y el objetual.

Desde el punto de vista temporal, el código es y permanece invariable. Si se le cambia por otros valores, por ejemplo el de la utilidad o el de la conservación del poder político, uno se encuentra en un sistema distinto. También la adición de otros valores queda, si bien por razones más bien prácticas, excluida. En este sentido, el código representa la manera cómo el sistema produce y reproduce su propia unidad. Representa la autopoiesis del sistema que simplemente ocurre (o simplemente no ocurre). El código entraña, pues, una dureza correspondiente. Dicho de otra manera: el código no ofrece ninguna posibilidad de adaptación del sistema a su entorno. Un sistema codificado, o está adaptado –o no existe.

[309]Véanse nuevamente los dos estudios arriba citados de Gotthard Günther, op. cit. (1976).

La sociedad permite un sistema jurídico diferenciado – (o no lo permite). En este sentido, no existen soluciones a medias.

Desde el punto de vista objetual, el código es una tautología y, en el caso de la autoaplicación, una paradoja. Es decir: la tautología resulta a partir de que los valores del código son intercambiables mediante una negación que no significa nada. Lo conforme con el derecho no es lo discrepante con el derecho. El no-derecho no es derecho. Las negaciones, sin embargo, son operaciones que suponen la identidad de lo negado y que no lo deben cambiar. En este sentido, el código puede ser denominado también como una simple duplicación del valor de preferencia. Afirma que el derecho no debe ser no-derecho, y que el no- derecho no debe ser derecho. Sólo si eso queda asegurado -y de ejemplo contrario nos sirven una y otra vez las tragedias griegas que reflejaban este logro justamente a través de su contrario-, se puede hablar en el sentido arriba discutido, de una tecnificación. Una paradoja se presenta cuando el código se aplica a sí mismo: al preguntarse si está conforme o disconforme con el derecho, distingue entre derecho y no derecho. La respuesta, trivial de los jurisconsultas (y los lógicos), de que evidentemente eso sí es derecho, deja abierto el asunto de qué es aquello qué funciona en este caso como término contrario al derecho, como un no-derecho que es, a su vez, posible. La otra respuesta, de que eso no es derecho, produce el mismo problema en el sentido contrario. En un caso, se afirma que el derecho es jurídicamente legítimo; en el otro, jurídicamente ilegítimo. Pero la pregunta por la unidad de ambas afirmaciones, la pregunta por la unidad del código, ni siquiera se plantea. Queda, como queremos constatar, invisibilizada. Eso no es sino otra versión de la tesis mucho más amplia de que la distinción mediante la cual se observa, no puede ser designada, sino que le sirve a la observación como punto ciego, es decir, como condición (no racional) de su propia posibilidad. Un observador de este observador que no aceptara esto (algo que en el propio sistema jurídico puede ocurrir mediante la reflexión teórica), únicamente verá tautologías y paradojas.[310] Destruirá así sus propias posibilidades de observación y sólo podrá observar precisamente eso: la destrucción de las posibilidades.

Una larga tradición que encuentra aún adeptos, ha pretendido liberarse de estos problemas, remitiéndose a niveles “superiores” de la dotación de sentido, es decir, mediante la jerarquización. Las instancias superiores convocadas para ello, por un lado, tendrían que estar dotadas de invariabilidad (eternidad, capacidad de permanencia) y, por el otro, producir, a través de una especie de emanación, diferencias en niveles inferiores. Esta técnica de asimetrización encuentra apoyo también en la lógica y la lingüística, y se le formula mediante el prefijo “meta”. Hoy en día, sin embargo, esta salida ya no se acepta de

---

[310]Véase acerca de este asunto Niklas Luhmann, Sthenographie und Euryalistik, en Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (edits.) Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen einer offenen Epistemologie, Francfort 1991, pp. 58-82.

manera acrítica.[311] Buscamos, por ello, un planteamiento esencialmente distinto para la solución de este problema.

Y la encontramos en la diferenciación interna al sistema entre codificación y programación. Ya la codificación misma puede verse como forma del despliegue de la tautología (o paradoja) del derecho, si bien como una forma que sólo rearticula el problema. Gracias a su bivalencia, los códigos son condiciones de sucesivos condicionamientos: condiciones de posibilidad de condicionamientos que regulan cuál de ambos valores se aplicará adecuadamente.[312] Sin ellos, los programas no tendrían objeto alguno. De la codificación resulta sin embargo sólo una necesidad complementaria, una necesidad de "suplementos" (quizás en el sentido de Derrida[313]), una necesidad de instrucciones suficientemente claras. Dado que los valores derecho y no-derecho no son propiamente criterios para la determinación del derecho (o del no-derecho),[314] deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no-derecho se asignan o bien correctamente, o bien erróneamente. Esta semántica adicional la vamos a llamar (en el derecho como en el caso de otros sistemas codificados) programas.

Por sí solos, los códigos no pueden existir. Cuando una operación se somete a un código, y por lo tanto se adjudica a un sistema, se plantea inevitablemente la pregunta: cuál de los dos valores se tiene que adjudicar. Es decir, un sistema codificado produce la búsqueda por puntos de vista subsecuentes. En este sentido, o tiene éxito –o se entrampa a sí mismo en la tautología (o paradoja) de su código, y desaparece. Por ello "cualquier" punto de vista basta para mantener en movimiento la autopoiesis mediante la destautologización/desparadojización; y de preferencia, tendrían que ser puntos de vista que pueden tomarse de la tradición, o bien que pueden ser reconstruidos como tradición.[315] Sólo una programática bien elaborada permite una discusión "crítica" que incluya la posibilidad de aceptar o rechazar criterios, bajo criterios subsecuentes.[316]

---

[311]Cf. Douglas R. Hofstadter, Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid, Hassocks, Sussex 1979, con la tesis de la inevitabilidad de las "tangled hierarchies".

[312]Obsérvese que existen otras formas del condicionamiento, que son simplemente indispensables para la formación de sistemas, sobre todo condicionamientos que acoplan posibilidades independientes de relación, y las sincronizan; es decir, en caso de que estén dadas las condiciones, las hacen dependientes unas de otras. Cf. acerca del significado fundado de esta clase de conditionalities, W. Ross Ashby, Principles of the Self-Organizing System, en Heinz von foerster / George W. Zopf (edits.), Principles of Self-Organization, New York 1962, pp. 255-278; reimp. En Walter Buckley (edit.), Modern Systems Research for the Behavioral Scientist: A Sourcebook, Chicago1968, pp. 108-118.

[313]Véase como introducción Jacques Derrida, Grammatologie, traducción alemana, Francfort, 1974, pp. 244 ss.

[314]Ya en el uso clásico de kánon, kritérion, regula, estaba prevista la referencia a un esquematismo bivalente, aunque en la mayoría de los casos con la tendencia a encubrir la justificación de los criterios mediante el propio valor preferencial del esquematismo.

[315]Véase supra, capítulo 2, III, donde hemos descrito el sistema jurídico como una máquina histórica.

[316]No obstante, eso se presentaba ya desde la antigüedad, y mucho antes de que la sociedad moderna descubriera la "crítica" como su especialidad. Véase con extensos ejemplos Dieter Nörr, Rechtskritik in der römischen Antike, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Abhandlungen N.F. 77, Munich 1974. Una parte considerable de la crítica jurídica medieval y premoderna se puede remitir a protestas contra la fijación por escrito en un idioma extranjero: en latín; y en la Common Law, también en francés.

De manera concisa, se puede decir que los códigos generan programas.[317] O mejor: los códigos son distinciones que en el nivel autopoiético sólo pueden volverse productivas mediante otra distinción más: la distinción codificación/programación. Los códigos son un lado de la forma, cuyo otro lado son los programas del sistema. Y únicamente mediante esta complicada distinción de distinciones en el sistema, puede dar inicio y evolucionar lo que un observador llamaría el despliegue de la tautología/paradoja del sistema. Los códigos garantizan la autopoiesis del sistema en la medida en que confrontan toda autofijación del sistema mediante la posibilidad de su contrario, es decir, que no permiten ninguna definitividad, ninguna perfección**.** Los códigos no se conceden a sí mismos la autofijación, dado que su apertura permite todo**.** La autodeterminación autopoiética del sistema no se produce sino mediante la *diferencia* entre codificación y programación.

Incluso en sociedades premodernas se encuentra esta diferenciación entre codificación y programación; sin embargo, en estas sociedades tiene una relación de uso específica. En la esquematización binaria se encuentra el riesgo de la abstracción y el forzamiento de un inflexible "esto/o lo otro", que socialmente es difícil de soportar y que aún en la actualidad (sobre todo en países del lejano oriente) conduce a la recomendación de no aplicarse in situ. Sin embargo, en ello radica la renuncia a juridizar a fondo las operaciones del sistema social. A partir de la Edad Media, Europa toma un camino distinto. Se acepta el riesgo de la codificación derecho/no-derecho,[318] pero el nivel de la programación se utiliza para reintegrar el derecho en la sociedad. El nivel de la programación funge, entonces, como nivel de estabilización para la posibles discrepancias entre derecho y sociedad. El producto que resulta se llama "derecho natural".[319] Mediante el concepto de la naturaleza -que a su vez toma una forma normativa (permitiendo la distinción entre perfección y corrupción)-, los presupuestos ordinarios de la sociedad se traducen al derecho, sobre todo cuando se trata de la diferenciación social, o de las ventajas de la división de trabajo y de la propiedad. Si bien la nobleza, tanto como la propiedad, se consideran institutos de derecho positivo porque están profundamente ligados a reglamentos especiales, no obstante la argumentación que lo justifica se remite a la naturaleza de la convivencia social de los hombres. Y no son sino las enseñanzas que se extraen de los contratos sociales del siglo XVIII las que señalan un enfoque capaz de hacer abstracción de las formaciones sociales. Se las sustituye por unos derechos humanos independientes del contrato, o por los límites de la propia racionalidad, o por la autocorreción del poder impositivo del derecho.

La transición hacia un sistema social con diferenciación funcional plenamente desarrollada, podrá prescindir del derecho natural en este sentido. El nivel de programación

---

[317]En el capítulo sobre la evolución del derecho, expondremos que históricamente, el proceso se dio en forma invertida, ya que los códigos no pudieron surgir hasta que no se dispuso de suficiente material jurídico programado. Acerca de la considerable antigüedad de la forma del programa condicional, véase infra IV.

[318]No obstante, habría que añadir: siempre y cuando no se opongan consideraciones a las relaciones políticas en el poder.

[319]Otras formas de estabilización se encuentran en el concepto de la iurisdictio que incluye también la posibilidad de desviarse del derecho severo y de tomar una decisión de equidad, con la posibilidad de añadir un segundo orden jurídico más elástico, como se usa sobre todo en Inglaterra.

sirve ahora a los requerimientos diseñados en el propio código. Los programas, en calidad de suplemento de la codificación, sirven para dar direccionalidad a la semántica condicionada por un (y solo un) código. Por ello, el "derecho positivo" existe ahora ya únicamente producido en el propio sistema jurídico. Las exigencias de una integración social se relajan, o bien se convierten en procesos de decisión. Por lo demás, existe un factor de corrección también en en el hecho de que incluso los demás sistemas funcionales se clausuran operativamente bajo la dirección de sus propios códigos y de sus programas especializados.

Únicamente bajo la condición de la codificación binaria, pueden plantearse problemas de corrección específicamente jurídicos, ya que únicamente bajo esta condición existe una contingencia específicamente jurídica. Aquello que es correcto, sólo se fija mediante los propios programas. Ciertamente existe siempre la posibilidad de rechazar el propio código de derecho y de dejar el fallo a otros contextos – por ejemplo a los códigos de la ciencia o de la moral. Pero desde aquí no existe, entonces, ningún acceso al derecho. Si hiciera falta una re-evaluación científica o moral (o económica, estética, etcétera), el derecho quedaría totalmente eliminado. Por lo mismo, tampoco existe ningún problema de fundamentación del derecho que no tuviera que resolverse en el propio derecho. Existen innumerables problemas de compatibilidad en la relación de unos programas con otros. Existe la regla de que el derecho nuevo se sobrepone al derecho antiguo, y existe la excepción a esta regla en interés de mantener la primacía del Derecho Constitucional. Pero de nuevo, con ello se remite sólo a componentes de la estructura programática del derecho. La pregunta por lo correcto de la programática como tal no tiene ningún sentido reconocible –a no ser, para repetirlo, en el contexto de un rechazo del código jurídico.[320]

Mediante la diferenciación entre codificación y programación se puede resolver, por lo tanto, el problema de la invariabilidad temporal y la capacidad de adecuación del sistema. El sistema sólo es invariable y siempre adaptado en la forma estructural de su código. En el nivel de sus programas, sin embargo, puede conceder la posibilidad de cambios sin temor de una pérdida de identidad. Esto incluye la decisión de hacer imposible el cambio (por ejemplo cambiar normas constitucionales). Así como la dimensión correcto/falso, también la dimensión cambiable/no cambiable se contempla únicamente en los programas

[320]Klaus Günther, Der Sinn für Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Francfort 1988, p. 332, cree descubrir aquí una oportunidad, descuidada por mí, para los discursos de aplicación que sólo dejan pasar lo adecuado. "Qué quiere decir" -se pregunta-, "que los programas deciden acerca de la adjudicación correcta de la situación y del valor del código, si esa decisión ya no puede ser programada y condicionada unívocamente." La respuesta sólo puede ser la siguiente: Es programable y condicionable, si bien no siempre de manera unívoca, es decir, no siempre calculable de manera lógica. El que los programas tengan que ser sensibles ante los cambios, y transformables ellos mismos, no impide que cumplan con su función de programación para cada interpretación favorecida en su caso. Investigar esa interpretación y en su caso su cambio, es asunto de la argumentación jurídica, no de la fijación del derecho al orden regulativo superior. "Adecuado" no es, por lo mismo, ningún criterio de orden superior, sino en todo caso una fórmula que puede resumir los resultados de la argumentación jurídica, con tal de que cumplan con su propia función (cf. capítulo 8) y que especifiquen suficientemente qué se considera adecuado, y por qué. Porque sólo así pueden soportar, a su vez, la función de la programación y, en caso necesario, variar sus determinaciones.

del sistema. En el nivel de la codificación esas diferenciaciones pierden su sentido, dado que aquí se trata sólo de pertenencia/no pertenencia al sistema.

Para fines de programación, el carácter unívoco del código, que sólo se encuentra en su estado binario, tiene que abrirse. Los valores del código tienen que interpretarse como posibilidades; o con otros términos: como un *medio* que puede aceptar formas diversas. Es evidente que eso no puede suceder de manera arbitraria. Dado que el medio sólo se reproduce mediante sus formas, siempre se encuentra co-puesta una situación original histórica. Cualquier determinación formal es, por lo tanto, un cambio jurídico, y cualquier cambio de los programas tiene que observar las limitaciones dadas, a partir de la pertenencia del sistema a una historia específica. Los programas deben ser adecuados –si bien adecuado es un término muy amplio aquí– para dar instrucciones a la adjudicación de los valores: derecho/no-derecho. Y por supuesto, en el derecho, incluso en el nivel de los programas, se trata siempre de la función del derecho, i.e., de mantener estables las expectativas normativas. En este enfoque, ya no estamos ante la jerarquía de derecho eterno, derecho natural y derecho positivo (alterable); pero en cierta manera, la teoría aquí esbozada se ofrece como una oferta de sustitución: la invariabilidad y la incondicionalidad están representadas por el código; la transformabilidad y, en este sentido el carácter positivo, por los programas del sistema. En cualquier caso se trata de disposiciones internas al sistema jurídico, que no obstante dependen del sistema sociedad incluyente y de su entorno, como condiciones de su posibilidad. Y en cuanto a la adaptabilidad, se puede afirmar que el sistema, gracias a la capacidad de adaptación que efectúa a través de la variación de los programas, siempre está ya adaptado.

La diferenciación entre codificación y programación permite finalmente distinguir entre dos variantes diferentes del problema general de la seguridad del derecho. La seguridad del derecho debe consistir en primer lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, si se desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interés no contemplado por el derecho. Este problema se agudizó, sobre todo, en las sociedades más tradicionales, y lo sigue siendo en varios países en vías de desarrollo, e incluso en países del tercer mundo que ya han pasado la frontera hacia la industrialización.[321] De ello hay que distinguir la pregunta de si con base en los programas del sistema, los fallos de los tribunales se tornen previsibles. Este es un campo bastante inseguro y es preferible, en todo caso, buscar caminos “alternativos” de solución a los conflictos, siempre y cuando quede afirmada la posibilidad de resolver y decidir un caso legal, con la regla del código del derecho.

IV

[321]Véase para el caso de Brasil, Marcelo Neves, op. cit. (1992).

Frente a las protestas (que son de esperarse), y frente a todo lo que los jurisconsultos acostumbran pensar apoyados en el "social engineering approach" de principios de este siglo, y pese a la euforia por la planificación de los años sesenta, se debe constatar lo siguiente: los programas del sistema jurídico son siempre programas condicionales.[322] Sólo los programas condicionales instruyen el enlace entre autorreferencia y heterorreferencia;[323] sólo ellos le otorgan a la orientación del sistema hacia el entorno una forma cognitiva que puede ser evaluable de manera deductiva en el sistema. El proceso formular romano se introducía con la indicación "si paret…". El modelo contrario de los programas orientados por fines (Zweckprogramme) es adecuado, por ejemplo, para las decisiones de investición, o bien para las decisiones de un médico, o incluso para las decisiones de planificación de una instancia administrativa. Los programas de fines, sin embargo, no permiten delimitar suficientemente los hechos que se han de considerar en el procedimiento jurídico.[324] Para el sistema jurídico, no se puede considerar una programación orientada por fines; en todo caso, los programas finalísticos se pueden incluir sólo en el contexto de un programa condicional, como veremos enseguida.[325]

Los programas condicionales complementan la causalidad "natural" encontrada. Ponen a disposición más causas para la producción de diferencias (refuerzo de la divergencia), bajo la condición de que la producción de los efectos pueda ser asegurada mediante la diferenciación de los sistemas correspondientes. El sistema jurídico, al programarse de manera condicional, se construye a sí mismo como máquina trivial,[326] a pesar (o precisamente) de que tiene que partir del hecho de que el entorno no opera así y que la propia sociedad opera como una máquina histórica que refleja en cada caso su estado propio; i.e., que opera como una máquina no trivial.[327]

---

[322]Un buen punto de partida de este debate, no suficientemente considerado, es Torstein Eckhoff / Knut Dahl Jacobsen, Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making, Kopenhagen 1960. Cf. asimismo mis exposiciones frecuentemente criticadas, en Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogma, Stuttgart 1974.

[323]Véase supra, capítulo 2, VI.

[324]En la teoría de las decisiones económicas, este problema ha sido respondido mediante el concepto de "bounded rationality". Sin embargo, eso no se puede retomar para el sistema jurídico. Falta para ello el control necesario de los límites de la atencionalidad, como los tienen las empresas económicas, en sus balances.

[325]Eso se niega frecuentemente, sobre todo en la teoría jurídica norteamericana. Véase el ejemplo representativo de Robert S. Summers, Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought – A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory About Law and its Use, Cornell Law Review 66 (1981), pp. 861-948. Tanto más notable es que Summers distingue entre dos "substantive reasons": "goal reasons" y "rightness reasons", y que considera sin resolver la relación entre las dos (p. 914). Al parecer, no existe ninguna fórmula para la unidad o el enlace entre programas funcionales y programas condicionales. Por lo demás, la discusión un tanto confusa propicia la observación de que de ninguna manera se ha de negar que los programas orientados hacia fines, como toda acción, pueden ser evaluados jurídicamente. Sin embargo, se les tiene que convertir, entonces, en programas condicionales, por ejemplo: cuando alguien tiene derecho de perseguir determinados fines, entonces puede actuar como corresponde, bajo las condiciones a, b, c…

[326]En el sentido de Heinz von Foerster, Observing Syustems, Seaside Cal. 1981, pp. 201ss.; idem, Principles of Self-Organization – in a Socio-Managerial Contexto, en: Hans Ulrich /Gilbert J.B. Probst (edits.), Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Doubts and Questions, Berlín 1984, pp. 2-24 (9s.).

[327]En forma complementaria puedan existir también sistemas que tratan de poner su entorno en la forma de máquinas triviales, a pesar de que ellos mismos no se comprenden como tales. El sistema educativo puede servirnos de ejemplo. Opera según la

La forma del programa condicional es uno de las grandes conquistas evolutivas del desarrollo social. Se le encuentra muy pronto después de la introducción de la escritura en Mesopotamia, específicamente en los textos adivinatorios de las ciencias de la sabiduría, en los textos médicos y en los textos jurídicos.[328] En un mundo que se amplía rápidamente, los programas condicionales ofrecen la posibilidad de imaginarse el orden bajo la forma de acoplamientos fijos, y eso precisamente en aquellos ámbitos donde (de acuerdo a los conceptos actuales) se trata de conocimiento, o bien de regulaciones normativas. Mucho antes que existiera la posibilidad de que los enunciados lógico-explicativos se remitieran a leyes o a principios, mucho antes de que existiera esta forma de pensamiento de dos pisos, ya estaba funcionando un orden garantizado en forma de sentencias, es decir en la forma del "si esto/entonces esto" -forma que permite abarcar un espacio posible y que puede ser manejada por expertos en la materia. Así pudo existir también una forma temprana de jurisprudencia que de esta manera se refería a un orden reconocido y que se legitimaba, por así decirlo, por la similitud formal, dentro del cosmos general del conocimiento.

Esta forma del programa condicional sobrevive a todas las subsiguientes diferenciaciones sociales mediante una especie de cambio de contexto. Posibilita la diferenciación de un sistema jurídico con una codificación binaria, para asumir luego en este sistema la función de regular la adjudicación de los valores del código a los casos específicos. También aquí prevalece la forma del "si esto/entonces esto".[329] El programa condicional establece las condiciones de las que depende si algo es conforme con el derecho (o discrepante): con estas condiciones hace referencia a hechos pasados, actualmente verificables. Éstos pueden ser también hechos jurídicos, por ejemplo la pregunta de si una ley se ha propagado eficientemente, y en qué momento.[330] Lo decisivo es que la adjudicación de los valores derecho/no-derecho dependa de aquello que en el momento de la decisión se considere como pasado. El sistema jurídico opera, en este sentido, siempre como un sistema aposteriori, i.e., como un sistema posconectado. Esto no excluye que mantenga la atención sobre el futuro: no puede excluir el futuro, porque el tiempo es siempre, por lo menos de acuerdo a la conceptuación moderna, la unidad de la diferencia entre pasado y futuro. Es verdad que existe una práctica jurídica preventiva de asesoramiento, por ejemplo en la formulación de leyes y contratos. Pero allí el tiempo es considerado en modo futuri exacti. Es decir, uno se imagina cómo se resolverá una disputa

---

medida de programas orientados hacia fines en reacción a lo logrado en cada caso, pero de tal manera que los educandos puedan responder correctamente y, finalmente, puedan convertirse en seres humanos confiables.

[328]Véase sobre todo Jean Bottéro, Le "Code" de Hammu-rabi, Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa 12, I (1982), pp. 409-444.

[329]Acerca del significado de la forma "si esto/ entonces esto" como forma jurídica, véase Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978, pp. 45, 53s. MacCormick sostiene que esta forma es indispensable también y sobre todo cuando la argumentación jurídica se basa en las consecuencias de la sentencia.

[330]Véase Niklas Luhmann, Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, en idem., Gesellschaftssturktur und Semantik, vol. 2, Francfort 1981, pp. 9-44.

jurídica que se inicia con base en algún texto, y entonces se intentarán fijar previamente las condiciones de la resolución.

Programa condicional, por supuesto, no quiere decir que de antemano quede determinado que las condiciones se realizarán. Una gran parte del derecho consiste en normas permisivas que dejan abierto si se las utilizará (o no). Pero también estos programas son condicionales porque determinan de antemano que un comportamiento será jurídicamente aceptable, dependiendo del uso que se haga, en cada caso, de la permisividad (observando o despreciando los límites incluidos). Los programas condicionales no son de ninguna manera determinaciones de las tradiciones. Pueden ser, según la selección de las condiciones, programas extremadamente abiertos al futuro.

Por la forma abierta del programa condicional tan sólo se excluye que hechos futuros, aun no determinados en el momento de la decisión, sean determinantes para la decisión entre derecho y no-derecho. Precisamente esta es la forma en la cual se determinan los programas orientados por fines. La subjetivación moderna del concepto de fin, sin embargo, ha conducido a una simplificación que requiere urgentemente de corrección, ya que de otro modo no se comprenderían las reservas que surgen en el momento de introducir programas finalísticos, en el derecho. La simplificación consiste en que los fines sólo se ven como ideas actuales (intenciones), en oposición polémica con la tradición europea antigua (aristotélica) que había pensado los fines (téle) como estados finales de un movimiento, y por lo tanto, vistos desde el movimiento, como futuro.[331] Es fácil ver que esta concepción del fin natural tuvo que ser sustituida desde el momento en que la evolución social abrió el futuro a más posibilidades. La forma, entonces, aceptada del concepto de fin intencional, sin embargo, no le hace justicia a la complejidad de la dimensión temporal; ya que la aborda sólo desde la perspectiva en la que la finalidad es descrita como el estado presente de un sistema orientado por los fines. Eso tuvo, entre otras cosas, la ventaja de que fue posible representar las fijaciones de los fines, a diferencia de la tradición, como algo elegible: como contingente. Con esta intencionalización (mentalización) del concepto de fin, se oscurece, sin embargo, la diferencia entre el futuro presente y el presente futuro: diferencia que se vuelve vada vez más importante en la medida en que disminuye la confianza en el progreso y, con ello, la confianza en soluciones racionales de los problemas. Los programas orientados hacia un fin encubren por lo tanto el problema colocado en el futuro: los presentes futuros no van a coincidir con el futuro que se proyecte actualmente. La desconfianza que tenían Max Weber, y hoy en día por ejemplo Jürgen Habermas, ante el carácter exclusivo de la racionalidad orientada por fines, es enteramente justificada, si bien se puede dudar si la solución está en añadir otros tipos de racionalidad.

No queremos abandonar (por lo menos no ahora) la decisión de que el concepto de fin esté referido al presente, por eso consideraremos a los progama finalísticos como

[331]Acerca de la diferencia fundamental entre fijaciones temporales normativas y fijaciones temporales de riesgo, con consecuencias sociales muy diversas, ya hemos hablado anteriormente (cap. 3).

operaciones que sirven para guiar las estructuras del sistema. Pero entonces hay que observar con más detenimiento que el concepto de fin se refiere a una diferencia doble que sólo se puede formular mediante un concepto de temporalidad doblemente modalizado: la diferencia entre estados alcanzables y que se cumplen; y la diferencia (en el ámbito de lo alcanzable) entre futuro presente y presentes futuros. Quizás se puede decir que el concepto de fin marque la unidad de estas diferencias. En todo caso encubre las diferencias correspondientes y posibilita así una decisión racional (pero finalísticamente relativa). Los programas de fines atraen, así, hacia el presente el riesgo de la paulatina separación del futuro presente y de los presentes futuros. Arriesgan que los presentes futuros no coincidan con aquello que se presupone como futuro presente. Para contrarrestar este riesgo sirven como instrumentos la continua corrección, la formación de reservas (depósitos de liquidez) o las preferencias de seguridad en la selección de las alternativas. Hoy en día, eso se llama también “risk management”. Los programas del sistema jurídico se conforman de manera distinta desde sus fundamentos. No tienen ni la función del riesgo, i.e., no tienen la función de realizar oportunidades que sólo son accesibles bajo la adopción de un riesgo,[332] ni están dotados de los instrumentos que para este caso garanticen un grado aceptable de racionalidad sistémica.

La fijación a la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafácticas. Justamente para el caso en que no se cumplan, las expectativas son puestas en la forma de normas. Esta substitución de seguridad (de las expectativas) por inseguridad (del cumplimiento) requiere de compensaciones estructurales. No se puede hacer depender también del futuro, si las expectativas, que desde ahora hay que determinar, habrán de justificarse en el futuro. Se quiere saber ahora, o mejor dicho, se quiere determinar la seguridad en el momento de la decisión, y eso sólo se puede garantizar en la forma de un programa condicional.

Pese a todo ello, encontramos en el derecho programas orientados hacia fines -los sociólogos del derecho orientados empíricamente podrían tener por “refutada” la teoría que aquí se presenta.[333] Antes, sin embargo, habrá que analizar con mayor exactitud el diagnóstico.

Evidentemente en ningún caso se trata de programas de fines “verdaderos” en el sentido que sólo el futuro decidirá acerca de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho.

[332]Helmut Willke, Ironie des Staates, Francfort 1992, pp. 177s. opina por ejemplo, que la evolución del derecho pasó por alto estos reparos y que estableció programas finalísticos como instituciones del derecho, e incluso que los rebasó recomendando los “programas relacionales”. Pero entonces habría que mostrar con mayor cuidado cómo exactamente adquiere validez la relevancia jurídica de los fines o de las relaciones. Porque las significaciones políticas de este tipo, que nadie negará, como tales no son, en sí, derecho practicable.

[333]Véase Jutta Limbach, Die Suche nach dem Kindeswohl – Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz, Zeitschrift für Rechtssoziologie 9 (1988), pp. 155-160. Acerca de los apoyos a la decisión de los jueces franceses en la misma situación – el consenso de los padres, el deseo explícito de los hijos, el status quo dado, es decir, situaciones que ya se pueden determinar – cfr. Irène Théry, The Interest of the Child and the Regulation of the Post-Divorce Family, International Journal of the Sociology of Law 14 (1986), pp. 341-358. Véase también idem., Divorce et psychologisme juridique: Quelques élèments de réflexion sur la médiation familiale, Droit et Société 20-21 (1992), pp. 211-228.

Precisamente en la jurisprudencia orientada hacia la ecología (basada cada vez más en el desconocimiento), se iría en dirección de un desastre jurídico si todas las medidas tuvieran que considerarse como contrarias al derecho en caso de que el fin no se hubiera logrado de manera prevista; o si los medios utilizados, en el momento de nuevos conocimientos de causa, parecieran injustificados. Uno de los lados del problema (precisamente la pregunta acerca de qué nos depararán los presentes futuros), queda excluido. El juez puede (y debe) ignorar este lado del futuro. Sustenta su decisión, siguiendo el derecho, únicamente en aquello que en el presente de su decisión ve venir como futuro, es decir, en aquello que para él, después de establecer con sumo cuidado la situación, es el futuro presente. Se tenía la esperanza que para ello, podía apoyarse en leyes empíricas o por lo menos en probabilidades altas - confirmadas estadísticamente-, que le hicieran ver, por ejemplo, que después de un divorcio, un niño se sentiría mejor estando con aquel de los padres con el que tiene relaciones más sólidas. Con la crítica a la teoría científica, se derrumba el mundo de las equivalencias de las certidumbres.[334] Después de repetidas experiencias de este tipo, existe la duda de si la ciencia es capaz de proponer relaciones suficientemente firmes entre pasado y futuro, como para que el juez se apoye en ellas -¡en calidad de normas!-, con la intención de no tomar decisiones erróneas (es decir: apelables). Pero si nos guiamos por esta solución: ¿qué quiere decir entonces, que el derecho haga depender la decisión entre derecho y no-derecho -decisión que se tiene que tomar en el instante-, de la pregunta de cómo se puede lograr mejor un fin – en nuestro caso, el bien del niño?

El juez se puede convertir en un terapeuta al pretender convencer a un matrimonio fracasado de que cuiden, por lo menos, conjuntamente al hijo. Las reformas de la jurisprudencia infantil y juvenil de este siglo se han emprendido bajo este punto de vista moral y terapéutico.[335] O puede tomar el papel del asesor de empresa que pretende evitar que las empresas, cuya fusión está autorizada, logren todavía una posición más dominante en el mercado. Pero, enseguida, se percibe que el juez, si bien sigue siendo juez, ya no opera en el sistema jurídico.[336] La instrumentación de programas orientados hacia un fin acompañados de una cibernética de corrección posterior, no se adaptaría al sistema jurídico; o bien, en cada decisión pendiente sólo se repetiría el problema de que el futuro no ofrece suficiente información respecto de si desde el ahora se pueda decidir que algo será de conformidad (o discrepante) con el derecho.

---

[334]Acerca de la evaluación mayormente escéptica, sociológicamente fundamentada, cf. Richard Lempert / Joseph Sanders, Invitation to Law and Social Science: Desert, Disputes, and Distribution, Nueva York 1986, pp. 258ss. Véase especialmente la afirmación, pp. 269ss., de que contrario a la intención terapéutica bajo la consideración de todos los aspectos de la persona del niño, se impone la codificación binaria. Cf. también Anthony Platt, The Child Savers: The Invention of Delinquency, Chicago 1969.

[335]Charles W. Lidz / Andrew L. Walker, Therapeutic Control of Heroin: Dedifferentiating Legal and Psychiatric Controls, en: Harry M. Johnson (edit.), Social System and Legal Process, San Francisco 1978, pp. 294-321. Los autores analizan tales casos en los que en una situación dada cambian de momento a momento las perspectivas, bajo el punto de vista de la desdiferenciación.

[336]Cfr., mirando las consecuencias constitucionales: Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Francfort 1991, especialmente pp. 197ss. En la opinión de Grimm, en vista de tales cambios, la Constitución sólo puede seguir cumpliendo su función si se adecua a ellos.

Sobre todo las tendencias políticas del Estado de bienestar han conducido a que los legisladores impongan formulaciones orientadas por fines a la administración pública y, en menor medida, también a los juzgados.[337] La orientación por fines bien puede ser una perspectiva políticamente sensata. En la aplicación al sistema jurídico, sin embargo, hay muchos elementos en contra: por una parte, la sensibilidad de los programas de fines no puede ser aprovechada en las circunstancias de la obtención de los fines. Por otra parte, los programas finalísticos son demasiado imprecisos desde el punto de vista técnico-jurídico, como para excluir eficientemente un mal uso o incluso resistencia contra la obtención de los fines propuestos. Esto vale también, y sobre todo, para las leyes que se limitan a la designación de fines.[338] Desde el punto de vista jurídico, el nombrar un fin sólo puede significar que las medidas sólo son correctas jurídicamente, en caso de que cumplan con los criterios orientados a los objetivos, como por ejemplo criterios de la competencia causal o de la legitimidad de la selección de los medios. Una indicación orietanda hacia un fin jurídico o elaborada en la práctica jurídica no puede ser más que una guía para la determinación de las condiciones que puedan soportar la decisión entre lo conforme (o lo discrepante) con el derecho. En este caso, el programa condicional se tiene que constituir (más o menos) caso por caso, y las experiencias permiten suponer que el juez tomará en cuenta “medidas” estereotipadas, cuya utilidad presume. La finalidad le permite obviar consecuencias secundarias. Esto vale, con cierta evidencia, por ejemplo, para aquellas medidas en las que el derecho sobre menores de edad puede sustituir la pena. Cuanto más consideraciones acerca del fin soporta una decisión, tanto mayor será la probabilidad de que la decisión resulte equivocada; porque el futuro sigue siendo desconocido, aun para el juez. Las consideraciones sobre el fin lo exponen a una crítica empírica, y sólo la autoridad del cargo y la obligación de tomar una decisión, validan entonces el fallo.

El marco jurídico desde el cual se emite un fallo no es nunca un programa finalístico que exige buscar los medios adecuados para el fin –escogido libremente, o impuesto – y que exige respetar las delimitaciones introducidas en el programa, por ejemplo de los costos permitidos, o de los límites legales. Siempre se tiene, como fundamento del texto autorizado, una estructura del tipo “si esto/ entonces esto”. Y sólo al presentarse problemas en la interpretación de este texto, el sistema jurídico, como veremos detalladamente más adelante, puede partir de la consideración de cuál es la finalidad en función a la que debe servir el programa. En este caso, es precisamente la programación condicional la que

---

[337]Véase como estudio de caso acerca del fracaso de una ley de este tipo, y acerca de la subsiguiente novelización, mediante la institución de reglas: David Schoenbrod, Goal Statutes or Rules Statutes: The Case of the Clean Air Act, UCLA Law Review 30 (1983), pp. 740-828. Schoenbrod resalta los dos puntos de vista enunciados en el texto: el desaprovechamiento de la sensibilidad de programas orientados por fines para obtener mejores logros de los fines propuestos, y las dificultades en superar las resistencias de los interesados.

[338]Cfr. el Capítulo 8, nota 104.

permite cierta libertad en la imaginación de metas -que en una programación por fines no se le permitiría a nadie.[339]

En el caso extremo, el establecimiento de condiciones se reduce, entones, a una norma de competencia. Derecho es lo que el juez considera, como instancia determinante, un medio adecuado para el fin. Pero aun eso sigue siendo un programa condicional, porque sólo es derecho si el juez realiza su competencia dentro del derecho, es decir, sólo en tanto juez. Y entonces la jurisprudencia se regresa a lo que un observador describiría como tautología: derecho es lo que el derecho denomina derecho. La función programática mostraría una tendencia hacia cero. Aun en este caso, la autopoiesis del sistema jurídico no estaría en peligro, porque seguiría quedando claro a quien hay que observar si se quisiera saber lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. La autopoiesis se garantiza mediante el código, no mediante los programas del sistema. Por ello, la pregunta sólo puede ser: ¿qué consecuencias estructurales se siguen en el sistema jurídico y en las relaciones de interpenetración con los sistemas de su entorno social, cuando el condicionamiento detallado de los programas jurídicos se sustituye por programas finalísticos?

La fijación del derecho en programas condicionales no excluye de ninguna manera que programas finalístisticos de otros sistemas funcionales se remitan al derecho: por ejemplo, los programas orientados hacia fines de la política que remiten al derecho constitucional; los programas de fines del sistema educativo que remiten a la obligatoriedad de la enseñanza; los reglamentos institucionales y los derechos y obligaciones de los padres de familia -programas orientados hacia fines de la economía-, que remiten a la propiedad. Esto no significa, sin embargo, que se juridicen las propias funciones o los fines. Más bien, el derecho ofrece sólo seguridad condicional (y no se trataría de seguridades si no fuera porque están condicionadas) para permitir a otros sistemas una gama más amplia en la selección de sus fines. Desde el punto de vista de la sociedad en general, el juego concertado entre programas de fines y programas condicionales es fructífero.[340] Este juego presupone que los sistemas y los tipos de programas se mantengan separados, y sólo por ello se pueden esperar resultados.

V

La programación complementa la codificación: la llena de contenido. La diferencia entre codificación y programación permite tautologizar el propio código, tratarlo como relación de

---

[339] Y, como veremos más adelante, es fructífera una extensión y normalización de este juego mediante "acoplamientos estructurales".

[340] Cfr. para citar toda una tradición en una sola frase: Ernst Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, Munich 1971, p. 12: "La soberanía ofrece a su portador no sólo el monopolio del ejercicio legal del poder, sino también la única competencia de la definición de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, y eso sin sanciones en el caso de abuso."

cambio de valores y , pese a ello, abastecer el sistema con la capacidad para tomar decisiones. Combina la invariabilidad con la transformabilidad, lo que quiere decir también, la invariabilidad con posibilidades de crecimiento. Una vez establecido el código como tal (sobre todo mediante una organización jurisdiccional), se inicia también un proceso de constitución de reglas que toma una forma autopoiética que se nutre de sí mismo.

En ello se puede ver el despliegue de la paradoja original de la codificación binaria. El jurisconsulto se puede apegar a las reglas y olvidar que trabaja en un sistema codificado en forma binaria. Pero no del todo. El problema de la unidad de la diferencia de valores del código reingresa al sistema. Eso puede suceder en forma de casos que no se pueden decidir, y donde Atena tiene que intervenir en el Aerópago. Este problema se ha integrado a la organización jurídica mediante la prohibición de la denegación de tomar una decisión, de manera que funge a su vez como principio de crecimiento y como la generación del derecho del juez. Retomaremos esta cuestión en el Capítulo 7. Aparte de este caso, perteneciente más bien al derecho procesal, existe sin embargo un problema de derecho material mediante el cual se puede mostrar cómo la paradoja excluida reingresa al sistema: estamos hablando del problema del abuso del derecho.

Aquí no se trata, como podría sospecharse al revisar la literatura jurídica, de un problema secundario y molesto, del tipo de una indeterminación que, en la práctica de un caso, podría reglamentarse y, así, reducirse a una bagatela. Simplemente el hecho de que este problema se presenta mediante el problema de la soberanía jurídica,[341] indica razones más profundas. Y así es: en el problema del abuso del derecho vuelve a llamar la atención la paradoja de la identidad de la diferencia en el sistema y permite sospechar que toda exclusión, todo despliegue, toda disolución de la paradoja original no fue sino un autoengaño.

Para acudir nuevamente a Spencer Brown: en la terminología de las “laws of form” se trata de aquel caso no calculable de una “re-entry” de la forma en la forma. La diferencia derecho/no derecho reingresa a sí misma del lado del derecho. Es decir, es actualizada dos veces, pero no dos veces en forma paralela o sucesiva, sino dos veces en una sola operación. Tal como lo indica el término, Spencer Brown parece pensar en una división secuencial temporal de las operaciones. Sin embargo, esta separación de las operaciones en una secuencia temporal es, ya parte de la solución, parte de la desparadojización del problema. Porque la “re-entry” cita y utiliza la distinción de partida, al copiarla en sí misma.

Esta “repetición” de la “huella”, consecuencia de la paradoja excluida, replica el problema de la paradoja,[342] aunque en una forma jurídicamente más manejable. Tal como en Spencer Brown, el “cross” de la distinción de partida puede realizarse también sin ser observado (es decir, de manera puramente operativa), pero no así el “marker” de la distinción que

---

[341]Dejo al criterio del lector, si cito aquí correctamente los conceptos de “itérabilité” y “trace” de Derrida. También esos conceptos tienen, por lo menos, una referencia a la paradoja de la forma básica de la distinción. Véase por ejemplo Jacques Derrida, Limited Inc., París 1990, pp. 222ss, 230s.
[342]Revisaremos más adelante lo que queremos que se entienda aquí por “decisiones”. Cf. Capítulo 7, III.

reingresa a sí misma. Así, el jurisconsulto puede dejar fuera de consideración que toda fijación del derecho produce un no-derecho correspondiente, y no obstante puede ver que hay casos en la práctica jurídica que son problemáticos y que, en caso dado, tienen que designarse como discrepantes con el derecho. En vista de la imprevisibilidad de las situaciones en que se aplicará, el derecho tiene que estar dotado con un cierto excedente de posibilidades -y allí debe permanecer. También el abuso del derecho sigue siendo un derecho reconocido por el derecho. Sólo determinadas formas de uso tienen que quedar excluidas. Eso puede realizarse por ejemplo mediante un esquema del tipo regla/excepción, o mediante la tesis de que las formas jurídicas sirven a determinados fines, y que incluso pueden ser utilizadas en el sentido de fines colaterales, pero únicamente mientras quede asegurado el fin original. Así, se permite y se legitima la utilización de impuestos para funciones de dirección político-económica o ecológica, siempre y cuando se mantenga el fin principal de la obtención de recursos para el Estado -por cierto, se ve en este ejemplo que la categoría de fin introducida en segundo término ofrece una alta, pero no ilimitada elasticidad en el manejo de la interpretación. De la misma manera, el espectador de una obra de teatro, o el lector de una novela pueden observar y descubrir cómo en la historia presentada, los personajes se engañan a sí mismos y entre ellos; incluso puede saber que (en el caso de una novela policiaca) él mismo ha sido engañado para que siguiera una pista falsa. Pero sólo podrá observar todo eso mientras no considere al mismo tiempo que la propia narración es un engaño, y que no le corresponde ninguna realidad. La forma dentro de la forma representa la forma, y la paradoja de esta representación consiste precisamente en que se trata y, a la vez no se trata, de la misma distinción.

VI

La paradoja que se produce con el problema de la aplicación del código a sí mismo, no se suprime únicamente por medio de la programación. La programación iniciada mediante la codificación complementa la distinción principal del sistema a través de una segunda distinción: la de la aplicación correcta (o bien equivocada) de criterios para la adjudicación de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. Así se llega a la generación de una complejidad objetual. El sistema puede aprender a aprender, puede probar criterios y en su caso, cambiarlos. Crece en la dimensión objetual del sentido (aun cuando utiliza en lugares secundarios conceptos temporales, como por ejemplo plazos de prescripción). Sólo con eso, sin embargo, no es posible proceder (y menos de manera lógico-deductiva) con las decisiones.[343] Y esto conduce a la pregunta si de una manera totalmente diversa, también sea posible utilizar, para el despliegue de la paradoja, la necesidad de llegar a una decisión.

[343]Cfr. también las exposiciones en torno al “velo de la ignorancia” en relación a la propia posición y los intereses propios en el futuro de la sociedad: John Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, en trad. al alemán Francfort 1975, pp. 159ss. Rawls observa aquí una condición indispensable de la disposición de aceptar una evaluación bajo puntos de vista generales. La idea se remite a Aristóteles, aunque aquí fue pensada en un principio únicamente para el legislador.

Y eso de hecho sucede. El sistema jurídico dispone de posibilidades de posponer las decisiones y operar durante un tiempo en la incertidumbre.[344] Aprovecha este horizonte temporal, dado que el futuro se visualiza siempre como algo incierto, para producir y obtener a su vez incertidumbre en vistas de que posteriormente se podrá llegar a una decisión (que por el momento aún es indeterminable). De una manera por demás muy similar al ámbito cognitivo en el sistema científico, se trata de una incertidumbre autoproducida, dado que no se duda del mundo en sí: se pone en duda únicamente la adjudicación de los valores del código como algo que en este momento se considera todavía impreciso. El sistema jurídico se permite esta incertidumbre porque él mismo promete dilucidarla en su momento. Y por lo mismo, puede formular también condiciones jurídicamente unívocas que regulan el procedimiento bajo la condición de una indecisión provisional.

Hablamos, como se ve, de procesos jurídicamente regulados. Los procesos están organizados en forma de un episodio temporalmente limitado, que se inician con una demanda y terminan con una decisión. Principio y fin son, por lo tanto, momentos constitutivos de todo sistema procesal, que se individualiza a través de ellos. Principio y fin son marcas producidas por el propio proceso, es decir, que son identificados de manera recurrente en el funcionamiento del proceso. Por supuesto hay también observadores (demandantes, demandados, jueces, tribunales, escritorios, periódicos, curiosos de todo tipo) que duran más que el proceso y que observan, tanto antes como después, que algo inicia y que respectivamente llega a su fin. Pero lo que observan los observadores externos, es únicamente la autoorganización del proceso, que incluye su propio inicio y fin. No son, dicho de otra manera, sucesos universales externos al proceso – un accidente, un disgusto personal, un crimen – los que inician un proceso. Para ello existen iniciativas externas, pero éstas sólo tienen relevancia como formas que el proceso mismo identifica en calidad de inicio: sólo estas formas son las que constituyen el inicio del proceso. El proceso no comenzaría si en el propio proceso no se pudiera determinar que el proceso ya ha empezado.

Nos parece especialmente importante este artificio, dado que resalta el principio y el fin del propio conflicto en torno al cual se realiza el proceso. De todas maneras, comúnmente es poco relevante para los litigios quién ha empezado la querella: importa tan sólo quién está en su derecho. Precisamente por ello, el proceso tiene que producir su propia autonomía temporal. La demanda misma no debe ser introducida en el proceso, ni como culpa ni como indicador de la situación jurídica (ni siquiera cuando en el entorno del sistema jurídico se juzga, no pocas veces, de esta manera).

Sólo si eso se cumple con suficiente seriedad, se puede aclarar cómo se relacionan la codificación del sistema y el proceso. Sólo el código que permite la adjudicación de la

---

[344]Acerca de esta evaluación de los procesos, véase para más detalles Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, reimpresión de la 2a edición Francfort 1983.

conformidad (o la discrepancia) con el derecho, pero que la deja abierta, puede producir la incertidumbre de la que vive el proceso. Sin embargo, el proceso la aprovecha como medio para su propia autopoiesis. Utiliza la incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con ello llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso.[345] Sea cual sea la situación concreta, la incertidumbre restante es lo que se supone como factor común para la duración del proceso – la incertidumbre, pues, como la única invariable aparte del inicio, del final y de la firma de actas.

El código estrictamente binario del sistema jurídico se enriquece de esta manera con un tercer valor, a saber, el valor de la incertidumbre de la adjudicación de un valor. La paradoja de la unidad de la diferencia entre derecho y no-derecho no se resuelve, por lo tanto, duplicando el valor positivo (el tribunal tiene el derecho de determinar lo que es conforme -o discrepante- con el derecho), ni tampoco, como en el caso de “tragic choices”, duplicando el valor negativo (legal o ilegal, de todas maneras la decisión será injusta). Más bien, mediante el valor de la incertidumbre de la decisión, se designa el código como unidad: una self-indication en el sentido estricto. Justo eso se da a través de la introducción de una diferencia temporal, a través de la futurización; es decir, no como la determinación de la validez del sistema jurídico, sino únicamente como episodio diferenciado de un proceso individual, cuyo final es previsible.

Procesos con la función de producir incertidumbre mediante la postergación de la decisión, pertenecen a las conquistas evolutivas más relevantes. Dejan intacta la codificación binaria, i.e., no introducen otros valores o supervalores (como puntos de vista religiosos, sentencias divinas, etcétera) al sistema. Al contrario, permiten aplicar al propio proceso la distinción del código conforme/discrepante con el derecho. Para regular la realización del proceso se crea un derecho procesal específico que se distingue cuidadosamente del derecho material. Este derecho utiliza sus normas en sentido positivo para fomentar la evolución del proceso en vista del objetivo de una sentencia objetiva y justa; y la ilegalidad del proceso es, por lo tanto, una infracción de las normas correspondientes designadas. Pero también esta forma de las normas procesales tiene otro lado, a saber, mantener la incertidumbre. Por un lado, eso puede ser normativizado en forma positiva, por ejemplo mediante criterios para la imparcialidad de los jueces; de manera muy importante, sin embargo, también todas las normas y medidas que fomentan el proceso, ayudan a la presentación de un “todavía no”; aclaran que el proceso aún no está concluido y que el resultado es, todavía, incierto – hasta el momento en que el proceso finalmente se declara a sí mismo terminado.

---

[345]Con referencia al código de verdad se encuentra la discusión exactamente correspondiente siguiendo a Aristóteles, de interpretatione 9, bajo la voz “de futuris contingentibus”. Y también aquí, la solución no se encuentra en un abandono de la lógica bivalente, sino en la añadidura de un valor autoindicativo de la imposibilidad decisiva en este momento.

Es decir, nuevamente una distinción, esta vez entre el derecho material y el derecho procesal. La unidad del derecho se tiene que probar entonces también como unidad de esta diferencia. Eso sucede comúnmente mediante un concepto procesal teleológico, orientado a la finalidad. Con ello uno entra, sin embargo, en el terreno de toda las debilidades de los conceptos teleológicos que no pueden conferir ningún sentido a su propio fracaso, a su propio revés. La incertidumbre sobre el fin que está en el propio proceso no es más que un fenómeno secundario deplorable, que se debe a las dificultades para poder tomar una decisión racional. De esta manera, sin embargo, se pierde de vista el *medio* en donde el proceso inscribe sus formas. Una teoría exclusivamente instrumentalista, orientada por fines, de los procesos jurídicos se queda, en todo caso, corta. Pero también las versiones idealizantes, según las cuales el proceso procuraría la realización de la justicia o determinaría las condiciones para obtener un consenso racional, sólo iluminan el lado bello de los sistemas procesales. Cada versión de este tipo se topa con la pregunta de si procesos que no cumplen con tales expectativas positivas, no son, pues, procesos. Pero si no son procesos - ¿qué son, entonces? Sólo al interior de una autodescripción del sistema jurídico se pueden aceptar teorías de este tipo, que expresan su buena voluntad en forma de una normativización y que se conforman con marcar las desviaciones como infracción contra la norma o contra la idea del proceso. Un análisis sociológico no se puede quedar allí. Siempre pregunta también por el otro lado de la forma, por la distinción que utiliza un observador cuando designa algo como proceso. Y eso remite, entonces, a la forma de una paradoja -en este caso, a una paradoja que sirve para transformar la paradoja del código en un formato más pequeño, episódico. Y entonces se percibe lo que no se suele contemplar en el esquema norma/desvío, o ideal/realidad: la extraña diversidad de perspectivas; el llevar a cabo un proceso que no parte de un consenso inicial ni que llega a un consenso final; un proceso incluso en donde el observador no identifica la identidad de la experiencia del sentido; además, la irritabilidad que acompaña a la incertidumbre; y con todo ello: la posibilidad de una transformación creativa de las premisas, a partir de las cuales el sistema jurídico se pone en marcha...

No existe ningún otro orden normativo que haya desarrollado una reflexividad tal que se realice a través de los procesos. Sólo se le encuentra en el derecho, y no, por ejemplo, en la moral. Y quizás es aquí donde se encuentra el criterio decisivo de delimitación de estas dos codificaciones, y que habilita al derecho, a diferencia de la moral, a ser un sistema autopoiético.[346] Sólo el derecho dispone de las secundary rules tan discutidas desde Hart; sólo el derecho puede dudar, desde el derecho, de sí mismo; sólo el derecho dispone, en sus procesos, de formas que permiten asegurar a alguien legalmente de su situación ilegal; y sólo el derecho conoce los valores límite (incluidos o excluidos), de la indeterminación temporal de la cuestión jurídica. La moral puede tratar problemas de aplicación del código a

---

[346]Presuponemos aquí que el criterio de delimitación instituido en el siglo XVIII, de la presión externa vs. presión interna, no funciona. Porque por una parte, también la moral dispone, mediante el peligro de la pérdida del respeto, de formas disciplinares externas, y por otra parte, muchas normas jurídicas sirven para posibilitar, no para mandar o prohibir acciones u omisiones.

sí misma pero sólo en forma de discursos fundantes, es decir, sólo en forma de una ética: sólo en forma de abstracciones semánticas cuyo valor de orientación permanece incierto.

VII

Al final de este capítulo, hay que resaltar una vez más un aspecto que hemos tocado ya varias veces. La autopoiesis del derecho se basa en una operacionalidad uniforme. En ella se puede distinguir -pero no separar-, la producción, de la estabilidad (transformación) estructural.[347] Por lo tanto, los códigos y los programas (normas) no se presentan como situaciones con una cualidad propia, tal como si, como lo hacen las ideas, llevaran una existencia propia por encima de la comunicación. Sólo se les puede observar en tanto exista la comunicación. Los códigos hacen posible diferenciar lo perteneciente/lo no perteneciente al sistema; y los programas que adjudican legalidad e ilegalidad, son objeto de juicios acerca de la validez /o la invalidez. Un observador puede designarlos y describirlos como estructuras. Pero desde el punto de vista empírico, únicamente están dados con las operaciones del sistema: son momentos de la autopoiesis del sistema, no entidades existentes por sí solas. La opinión contraria debe su existencia, como en la teoría de las ideas de Platón, a la escritura. Los textos escritos favorecen, de hecho, esta idea, como si lo escrito en la base material del papel existiese realmente, y entonces, de manera congruente, la teoría de las ideas registra la opinión que no es posible referir y reducir la esencia del mundo al puro papel. De hecho, para los sistemas sociales, incluso la escritura no es sino una forma de producción de comunicación – con consecuencias considerables para la forma de las estructuras que se coproducen con ello. El que producción y formación de estructuras únicamente se puedan llevar a efecto en una misma realización (dado que el sistema es su unidad y la posibilita), se comprende cuando se considera el tiempo. Para ganar tiempo (y con el tiempo, futuro, y con éste, incertidumbre), el sistema jurídico instituye procesos. El sistema opera en forma del encadenamiento de acontecimientos individuales, constituyendo así un tiempo propio que se puede sincronizar más o menos con los tiempos del entorno. Por ello, la diferenciación del sistema jurídico mediante la codificación y la programación, tiene asimismo un lado estrictamente temporal. El sistema somete los acontecimientos que se procesan en el sistema jurídico a reglas que independizan al proceso jurídico del cómo y del cuándo algo empezó, y del cómo o del cuándo algo terminará. Por ejemplo, el sistema no depende (o en todo caso, sólo en función de una determinación jurídica especial), del cuándo empezó una querella, o de quién la inició: sólo importa el quién tiene derecho y el quién no lo tiene. De otra manera, los implicados se enredarían en unos antecedentes infinitos que cada quien, como dicen los terapeutas, puntualizaría a su manera. La condición de la diferenciación en el sentido temporal consiste, por lo tanto, en que la relevancia de hechos pasados y de su secuencia depende

---

[347]Cf. supra, Capítulo 2, II.

exclusivamente de aquello que los programas del propio sistema jurídico incluyen y excluyen. Cómo es que algo inicia, es una construcción del propio sistema jurídico: piénsese simplemente en disposiciones como el registro de propiedad, o la prescripción, que facilitan las pruebas jurídicas y mantienen las referencias a los antecedentes en límites bastante estrechos.[348]

Lo que vale para el pasado, vale también para el futuro. Por lo menos, en tanto se trata de delimitaciones propias del sistema, el pasado y el futuro se comportan en forma simétrica uno frente al otro. En lo que se refiere al futuro, se pensará sobre todo en la institución de la validez jurídica. Pero también la improductividad ampliamente discutida de las perspectivas teleológicas pertenecen a este contexto, porque, si se les tomara en serio, tendrían que posponer todo efecto concluyente, hasta la realización del estado aspirado. Con esta justicia por su propia mano, apodíctica y temporal, el sistema jurídico evita interferencias imprevisibles e incontrolables de las condiciones externas. O dicho de otra manera: un orden que pretende lograr la diferenciación y la clausura operativa, para constituirse así como sistema jurídico, sólo puede hacerlo si logra controlar el campo referencial temporal de las interdependencias sociales, y lo recorta según sus propias reglas. Sin embargo, eso significa también, que se tiene que aceptar una considerable porción de desintegración temporal en relación con el entorno social. En el derecho existen otros pasados y otros futuros, si se le compara con otros ámbitos de la sociedad.

Pero por otra parte, existen también instituciones compensatorias. Entre ellas contamos sobre todo con la capacidad de respuesta en todo momento del sistema jurídico y, en el mismo contexto, con la especificación detallada bajo la cual se emprenden y resuelven las cuestiones jurídicas. Esto permite, entonces, en el cambio constante de las situaciones volver a empezar, una y otra vez, y de retomar asuntos ya resueltos bajo nuevos puntos de vista.

---

[348]Eso no es de ninguna manera un aspecto especial del sistema jurídico, sino que de distintas formas, es una exigencia de la diferenciación de los sistemas funcionales en sí, lo cual se podría mostrar mediante análisis comparativos. Véase en este sentido Niklas Luhmann, Die Homogenisiserung des Anfangs: Zur Ausdifferenzierung der Schulerziehung, en Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr (edits.), Zwischen Anfang und Ende: Fragen an die Pädagogik, Francfort 1990, pp. 73-111.

Capítulo 5
La fórmula de contingencia: justicia

I

La unidad del sistema jurídico se lleva a efecto en primer lugar en forma de secuencias operativas que reproducen el sistema autopoiéticamente. Las operaciones pueden observar su pertenencia al sistema; es decir, tienen capacidad de distinguir entre sistema y entorno. Esta distinción actualiza la autorreferencia; o en otras palabras: actualiza una señalización por medio de la cual el sistema se designa a sí mismo, a diferencia de todo lo demás.

Lo que en esta forma se designa como sistema-jurídico-en-un-entorno, sin embargo, es demasiado complejo para comprenderlo completamente actualizado – simplemente porque transcurre en operaciones diversas en cuanto a sus marcas temporales. El círculo autorreferencial dado con cada operación, tiene que repetirse en cada momento. Así, el círculo autorreferencial se despliega en una infinitud linear en el sucesivo operar del mismo sistema. De la misma manera, el sistema se refiere a sí mismo y aparece entonces como sistema autorreferencial con autorreferencias operativas copiadas en su propio interior.[349]

Para hacer posible esta forma mediante la repetición, el sistema tiene que reconocer las operaciones reiteradas, es decir, el sistema debe tener la capacidad de identificarlas. Y tiene que hacerlo en situaciones cambiantes, o sea, ser capaz de generalización. Spencer Brown comprende este complejo proceso como la unidad de condensación y confirmación de las operaciones recurrentes del sistema.[350]La condensación presupone y sedimenta identidades; la confirmación produce la semejanza, en situaciones que son en cada caso diversas. En el medio del sentido, esto posibilita una unidad experiencial de identidad y horizonte; un núcleo de actualidad con significado específico que remite a un sinnúmero de otras posibilidades. Esto conduce a la "vivencia" del trato con el sentido que no es posible recuperarla del todo mediante conceptos definibles. El sistema depende, como se ha constatado una y otra vez en la teoría de la conciencia, de una relación consigo mismo que

---

[349]Véase Louis H. Kaufmann, Self-Reference and Recursive Forms, Journal of Social and Biological Structures 10 (1987), pp. 53-72, quien deriva tanto la linearidad del proceso del sistema como la re-entry de la forma dentro de sí misma, a partir de la autorreferencia básica del observador.
[350]Cf. Spencer Brown, Laws of Form, reimpresión Nueva York 1979, p. 10.

no se puede aprehender completamente en la reflexión, dado que él mismo tiene que realizar todas las reflexiones, i.e., dado que tiene que estar siempre ya en marcha y seguir funcionando. La solución de este problema está en recurrir a referencias puramente“locales”, es decir, en recurrir a textos determinados que, en cada caso, fungen como “derecho vigente”. El símbolo formal de la validez jurídica facilita, como hemos expuesto anteriormente,[351]la referencia sistémica sin caracterizar el sistema en cuanto a su contenido.

Una reflexión derivada de lo anterior conduce a un resultado similar. Dado que cada observación tiene que sustentarse en una distinción para poder designar su objeto, la unidad misma de la observación queda fuera de señalamiento – a menos que se haga mediante el uso de otra distinción, para la cual valdría lo mismo.[352] La observación – y más aún el observador – sólo tiene acceso a sí misma mediante una paradoja, como unidad de aquello que tiene que fungir como diverso.

Así, la unidad de un código solamente se puede representar como paradoja. La paradoja se puede “desplegar” de distintas maneras, i. e., traducirse en nuevas distinciones. Esto sucede por ejemplo en la forma de observación de segundo orden, mediante la distinción de (otro) observador y de su instrumentación. Se puede decir entonces (como lo hemos hecho) que el sistema jurídico, y sólo el sistema jurídico, utiliza el código derecho/no-derecho. Esa solución tiene importantes ventajas: sobre todo posibilita especificar enunciados sobre el observador (el sistema jurídico) y su código (la distinción derecho/no-derecho) según sus necesidades, de manera que finalmente se olvida que la unidad última de la diferencia siempre está dada únicamente como paradoja. La paradoja misma permanece invisible a lo largo de su despliegue y determinación.

Un primer enriquecimiento consiste en la distinción adicional entre codificación y programación. Se pueden además añadir programas condicionales como “suplemento” (Derrida). Eso permite, como hemos mostrado en el capítulo anterior, tecnificar el código, reducirlo a la relación formal de intercambio de dos valores (positivo/negativo), ya que adicionalmente, en el ámbito del sentido de una distinción diferenciable, se dispone de criterios objetuales para preguntar por el valor positivo o el valor negativo. Y aquí aparece, entonces, la teoría jurídica completa para aclarar qué criterios hay que aplicar, en cada caso, para distinguir entre una adjudicación correcta o falsa de los valores. De esta manera, se llega al derecho positivo, teóricamente sistematizado a través de reglas y principios – y uno se podría dar con esto por satisfecho. La pregunta tradicional por la justicia del derecho pierde, así, cualquier significado práctico. No se puede añadir ni como tercer valor aparte del de conformidad/discrepancia con el derecho, ni tampoco designa uno de los

[351]Capítulo 2, VIII.

[352]Véase también Niklas Luhmann, Wie lassen sich latente Strukturen beobachten?, en: Paul Watzlawick / Peter Krieg (edits.), Das Auge des Betrachters – Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift für Heinz von Foerster, Munich 1991, pp. 61-74. (En castellano: ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? en Paul Watzlawick / Peter Krieg (edits.) El ojo del observador, Gedisa, Barcelona, 1995, pp. 60 – 72).

programas del sistema – así como si junto a la ley inmobiliaria, la ley de tránsito y la ley sobre derechos de autor, existiera también la ley justa. La consecuencia: las preguntas en torno a la justicia del derecho ya sólo se verán como cuestiones éticas, sólo como cuestiones de legitimación del derecho en el medio de la moral; entonces se buscará, con un enorme esfuerzo, un lugar para la ética en el derecho.[353] O bien se considerará la justicia como un principio que afecta toda la sociedad, que tiene validez para todos los ámbitos de la vida, y que en el derecho adopta simplemente una forma específica.[354]

Por indiscutible que sea la calidad ética de la exigencia moral de la justicia, la teoría del derecho no puede quedar saciada con esta solución. Por decirlo de alguna manera, la teoría del derecho no puede quedar satisfecha con dejar prácticamente en manos de la ética la idea de la justicia para verse obligada, entonces, a incorporarla dentro de sí misma. Habíamos aceptado que el sistema del derecho juridifica las normas morales, al citarlas; pero el que esto sea así, tiene que comprobarse específicamente por medio de textos jurídicos. Esto no se deduce simplemente de que las decisiones jurídicas tengan que fundamentarse. El problema se encuentra, horribile dictu, en el mismo nivel en el que se citan los estándares técnicos, o en el mismo nivel del mejor conocimiento competente posible: en las normas particulares del sistema jurídico.

No obstante, el sistema jurídico no tiene por qué desistir de la idea de justicia. Lo que se tiene que reconsiderar es tan sólo la ubicación teórica de esta idea. Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada del tema, de una representación de la unidad del sistema en el sistema. Mientras que en el caso de la “validez” se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de la justicia se trata de una autoobservación y autodescripción del sistema. Mientras que en el plano del código binario, la autoobservación y la autodescripción derivan en una paradoja (porque si no el código tendría que afirmar la identidad de derecho y no-derecho), quedaría por ver si en el plano de los programas del sistema no podría existir una proyección de unidad: un programa para todos los programas. Parece evidente inferir que aquí se localiza el sentido de la idea de justicia. Mientras que en otro sentido las autodescripciones se producen en forma de teoría (lo que significa también que son discutibles),[355] la idea de justicia requiere evidentemente de una cualidad normativa. En la tradición de la antigua Europa, esta norma se comprende como armonía social y se encuentra referida a la sociedad en general; la sociedad, a su vez, se entiende, entonces, como convivencia jurídicamente constituida. Esto no condujo a ninguna directriz que se hubiera podido concretar, sencillamente porque la premisa de una

[353]No podemos aceptar la afirmación acostumbrada de que sobre la justicia hay que debatir a un “nivel” distinto que sobre las cuestiones jurídicas, ya que aquí la evasión de la paradoja conduce demasiado rápido y demasiado evidentemente hacia una nueva paradoja: la pregunta por la unidad de la diferencia de “niveles”, es decir, regresaríamos nuevamente al problema de la autoobservación del sistema.
[354]Así por ejemplo en Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2a edición, Munich 1977, p. 394.
[355]Para mayores detalles, véase Capítulo 11.

sociedad jurídicamente constituida no es realista. Pero incluso si se diseñara la norma de justicia de acuerdo a un sistema jurídico diferenciado, su re-especificación permanecería indeterminada. El sistema jurídico se pretende a sí mismo (no importan los hechos), como justo. Con el tema "justicia" se designa, por lo mismo, el punto de vista a través del cual se puede superar la diferencia entre teorías tradicionales iusnaturalistas y positivistas, mediante la pregunta por la forma de autocontrol del sistema jurídico (que ni es natural ni se introduce mediante decisión: por lo tanto, que puede ser revocada mediante otra decisión).[356] Pero cuando el sistema se designa a sí mismo mediante esta norma, no puede especificar, al mismo tiempo, lo que con ello designa, sin cualificar operaciones propias como si no le pertenecieran.

En primer lugar, hemos delimitado el problema de la justicia mediante distinciones: se trata de autorreferencia, pero no como operación, sino como observación; no en el nivel del código, sino en el nivel de los programas; y no en la forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa a la decepción). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos). Ni la autopoiesis operativa del sistema, ni el código necesariamente invariable, pueden ser "justos". Esta delimitación es importante para la precisión del planteamiento de la pregunta. Pero: ¿qué es lo que exactamente se determina, así, como lo positivo? ¿Cómo se puede especificar esta autoconfrontación mediante una norma autorreferente? ¿Cómo puede el sistema expresar la propia unidad en un programa normativo, que se puede aplicar al mismo tiempo en el sistema y, a decir verdad, en todas partes?

II

En busca de una respuesta a estas preguntas, partimos de que la idea de justicia se puede entender como fórmula de contingencia del sistema jurídico. Así, esta fórmula se sitúa, sin que tengamos que utilizar el concepto de valor, en un plano en el que puede ser comparada con otras fórmulas de contingencia – por ejemplo, con el principio de limitación (=productividad de las negaciones) en el sistema científico,[357] con el principio de escasez en el sistema económico,[358] con la idea de un dios único en el sistema religioso,[359] o con ideas como la formación o la capacidad de aprendizaje en el sistema educativo.[360] El concepto de fórmula de contingencia toma así el lugar de una gran cantidad de otros conceptos

[356]Así también Arthur Kaufmannm, Theorie der Gerechtigkeit: Problemgeschichtliche Betrachtungen, Francfort 1984, p. 31.
[357]Véase Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990, pp. 392ss. (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996, Capítulo 6).
[358]Véase Niklas Luhmann, La economía de la sociedad, Francfort 1988, pp. 177ss.
[359]Véase Niklas Luhmann, Die Funktion der Religion, Francfort 1977, pp. 200ss
[360]Véase Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr, Reflexionsprobleme im Erziehungssystem, 2a edición Francfort 1988, pp. 58ss (En castellano: El sistema educativo (Problemas de reflexión), U. De Guadalajara, U. Iberoamericana, Iteso, Guadalajara, 1993, Capítulo 1).

decisivos en la definición de justicia: virtud, principio, idea, valor...[361] Pero no sustituye del todo estas tareas; eso se debe a que sólo un observador externo puede hablar, como pretendemos mostrar, de fórmula de contingencia; mientras que el propio sistema tiene que designar la justicia como ofrecimiento con lo que el sistema se identifica como idea, como principio, como valor. Al interior del sistema, la fórmula de contingencia se asegura como irrefutable; se le "canoniza", como se pudiera expresar siguiendo a Aleida y Jan Assmann.[362]

Con el concepto de fórmula de contingencia, extraemos en primer lugar la conclusión de que ya no procede el concepto iusnaturalista de justicia.[363] La propia naturaleza no es justa, en ningún sentido comprensible. O dicho de otra manera: no existe ninguna inferencia que vaya de lo "natural" a lo "justo", según se concebía en la tradición iusnaturalista. Como resultado de la evolución, puede que exista una especie de equilibrio en la naturaleza, en el sentido de compatibilidad. Aplicado al sistema jurídico, eso podría significar quizás que la práctica jurídica esté ajustada de acuerdo a una cantidad normal de querellas y delitos. Sin embargo, de aquí o se puede concluir que las normas y las decisiones correspondientes sean "justas". El orden es un resultado fáctico de la evolución. Toda idea normativa tiene que mantenerse con cierta independencia respecto a ese orden, i.e., tiene que exigir más de lo que por sí solo (por naturaleza) se produce.[364] De otra manera, saldría sobrando precisamente la norma.[365] En vistas de esta situación sería fatal que, como nos quieren hacer creer los sectarios del derecho natural, la apelación a la naturaleza fuera la única posibilidad de criticar el derecho positivo vigente.[366] No es necesario que dediquemos más tiempo a esta estratagema con la que el derecho natural obtiene en la actualidad cierto reconocimiento. El concepto de fórmula de contingencia nos lleva por un camino diferente...

En el lugar de las presunciones sobre la naturaleza, entran suposiciones sobre la autoespecificación de la fórmula. Las fórmulas de contingencia tienen, por lo tanto, la forma de una conclusión circular – y precisamente en ello radica su originalidad y eso hace que se impongan y que no se las puede disolver con facilidad.[367] Las fórmulas de contingencia se

---

[361]Para una visión general que muestra, a la vez, que no es sino hasta la modernidad que se abstraen los conceptos de justicia relacionados con el de virtud, véase Hans Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit, Zurich 1941, pp. 58ss.

[362]Aleida y Jan Assmann (edits.), Kanon und Zensur, Munich 1987; Jan Assmann, Das kulturelle Gedächctnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, Munich 1992, pp. 103ss.

[363]Bajo este concepto iusnaturalista de justicia, por cierto se cuentan también conceptos utilitaristas en tanto se refieren a las inclinaciones naturales de los hombres (Bentham). Se diferencia del derecho natural clásico sólo en la medida en que se pasa de las inclinaciones innatas a las adquiridas.

[364]Volveremos sobre el derecho natural como forma de la autodescripción del sistema jurídico, en el Capítulo 11, III.

[365]Es evidente que este problema se puede evitar mediante un concepto de naturaleza inventado precisamente para fines del derecho natural; sin embargo, no satisface de ninguna manera. El concepto de derecho natural no expresa sino la decisión de considerar algo como correcto. Pero entonces, se podría partir de una vez, y con mayor claridad, de la autorreferencia.

[366]Es típico que en este caso no se diga, pero que se presuponga, que esa es la única posibilidad de una fundamentación de la crítica. Véanse las afirmaciones críticas de Manuel Atienza, Introducción al Derecho, Barcelona 1985, pp. 121, 122s.

[367]Al hablar de que no se puede "disolver más", no se duda evidentemente de que un observador de segundo orden pueda describir diferenciadamente una situación así. Véase, siguiendo el concepto del "supplément" de Derrida, a Jean-Pierre Dupuy /

refieren a la distinción entre indeterminabilidad y determinabilidad. Su función consiste en rebasar ellas mismas este límite y emplear para ello factores plausibles históricamente dados. Esto mismo se puede expresar mediante el concepto lógico de despliegue de las paradojas o de las tautologías. O también se puede expresar mediante el concepto, proveniente de la teoría de los sistemas con capacidad de observar, de hacer observable lo inobservable, al sustituir una diferencia por una una unidad que sólo puede describirse como paradoja o como tautología.

Con la dimensión indeterminabilidad/determinabilidad no nos referimos a hechos consumados (captados, designados), sino tan sólo a la posibilidad de manejarlos de otra manera. Por ello, utilizamos el concepto de "fórmula de contingencia". Un sistema que procesa sus operaciones internas mediante informaciones, siempre tiene a la vista también otras posibilidades. En el caso del sistema jurídico, esta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema se encuentra ya inmerso en una mayor positivización del derecho. Porque con ello queda concedido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra forma – sin negar que lo que sucede, sucede tal como sucede.

Las fórmulas de contingencia no se pueden legitimar por su función. El cruce del límite situado entre lo indeterminable y lo determinable se tiene que realizar de manera inadvertida, o bien sin mencionarse. La función tiene que cumplirse, en otras palabras, de manera latente. Su develamiento sacaría a la luz la paradoja inicial y también la paradoja de que la indeterminabilidad y la determinabilidad están comprendidas en la misma fórmula, es decir, que están tratadas como si fueran lo mismo. La función de invisibilización de tales paradojas fundamentales tiene que permanecer a su vez invisibilizada: y eso es precisamente lo que sucede cuando las fórmulas de contingencia se instituyen a sí mismas y se evidencian por su capacidad de adecuación en el sistema.

Así también la justicia.[368]

Dado que el sistema jurídico realiza la función de estabilizar expectativas normativas, parece lógico permitir que también la justicia aparezca como norma. Hay que evitar, sin embargo, que se vea en esta norma un criterio de selección[369] (en nuestro lenguaje, eso querría decir: un programa determinado); porque así, la norma de la justicia se colocaría junto a otros criterios de selección del sistema y perdería su función de representación del sistema en el sistema. Eso significa también que se debe aceptar la norma de justicia sin que se pueda prever qué decisiones surgirán a partir de ella y qué intereses se

---

Francisco Varela, Kreative Zirkelschlüsse: Zum Verständnis der Ursprünge, en: Paul Watzlawick/Peter Krieg (edits.), Das Auge des Betrachters – Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift für Heinz von Foerster, Munich 1991, pp. 247-275.

[368]De la justicia como "self-justifying ideal" habla también Edwin Norman Garlan, Legal Realism and Justice, Nueva York 1941, pp. 124s. Sin embargo, de eso no se deriva necesariamente que se trata de una unificación sólo nominal, sin función operativa. Al contrario: el despliegue de una paradoja no es posible sino como operación.

[369]Uno de los representantes actualmente más conocidos de esta idea de justicia como criterio de selección (o también, como supercódigo sobre lo justo/injusto) es John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge 1971. Esta teoría impresiona especialmente por la precisión que logra.

favorecerán; y también aceptar que la práctica de las decisiones en torno a los casos individuales y la propuesta de soluciones en términos de jurisprudencia, se orienta más bien por la impresión de injusticia de ciertas reglas, que por la aplicación de la norma de justicia.[370]

En la tradición de la reflexión en torno a la justicia, frecuentemente esta separación entre fórmula de contingencia y criterio de selección, pasa inadvertida: sobre todo cuando la justicia se presenta como virtud y se exige que aquellos a los que se les atribuye virtud, la realicen. Pero tampoco la escasez es un criterio para la evaluación de la racionalidad de las decisiones económicas. Y aun dios es, finalmente, “generator of diversity” (god = g.o.d.)[371], pero no un momento entre otros de un mundo que es diverso– a no ser que uno se refiera a la adoración de dios en el mundo, o al consejo sacerdotal de que se lleve a cabo una conducta que “plazca a dios” (y que eso fuera suficiente para determinar la conducta).

Tampoco es posible comprender las fórmulas de contingencia como fórmulas de incremento o como indicadores acerca de una dirección evolutiva deseada del sistema –por ejemplo en el sentido de más justicia, más educación, menos escasez. Tales formulaciones pueden haber sido plausibles en ciertos momentos, sobre todo en la segunda mitad del siglo XVIII. Ahora son sólo, interpretaciones históricas, que pueden ser válidas en tanto uno esté dispuesto a ignorar los costos (los efectos negativos, las disfunciones, los riesgos, las crecientes desviaciones en el sistema), relacionados con el acto de forzar la selección hacia un determinado rumbo.

También en este caso, la norma no se entiende sino como exigencia de validez contrafáctica que se sostiene aún en el caso de decepción. El problema específico de la norma justicia se encuentra en la relación entre la generalización y la reespecificación. Ninguna operación del sistema, y menos aún alguna estructura, debe ser exceptuada de la expectativa de ser justa; porque de otra manera, se perdería la referencia de la norma a la unidad del sistema. Por otra parte, en cada caso individual, la norma de justicia debe transmitir una orientación -y no se debe concluir simplemente, a partir de la pertenencia de la operación al sistema jurídico, que la norma sea justa.

En su forma más general, la fórmula de contingencia justicia se evidencia, en una larga tradición que aún compromete, como igualdad. En la igualdad se observa un momento formal genérico que contiene todos los conceptos de justicia, pero que tan sólo significa reglamentariedad o consistencia.[372] Aquí, la justicia se ve, como es obligado para las fórmulas de contingencia, como un “principio” que se fundamenta a sí mismo. Es decir, la justicia no tiene necesidad de fundamentarse. Por lo demás, con el concepto de “fórmulas

---

[370]Acerca de la construcción del orden jurídico mediante un “sense of injustice”, véase Edmund N. Cahn, The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law, Nueva York 1949.

[371]Esta formulación la he encontrado en Pierpaolo Donati, Teoria relazionale della società, Milán 1991, p. 221.

[372]Doctrina antigua. Véase por ejemplo P.A. Pfizer, Gedanken über Recht, Staat und Kirche, Stuttgart 1842, vol. I, pp. 57s.: justicia como “factor formal de todo derecho”. O entre autores más recientes: Chaim Perelman, Über die Gerechtigkeit, trad. al alemán Munich 1967, pp. 27, 55.

de contingencia" se afirma que la justicia no es ni una afirmación en torno a la esencia o la naturaleza del derecho, ni un principio fundador de la validez jurídica ni, finalmente, un valor que hiciera aparecer el derecho como algo digno de preferencia. En comparación con todos estos supuestos, el concepto de fórmula de contingencia ofrece una abstracción – y justamente por ello corresponde con el principio formal de igualdad que tampoco designa ni la esencia de un asunto, ni su fundamento, ni su valor. La fórmula de contingencia es únicamente un esquema de búsqueda de fundamentos o de valores que no pueden obtener validez jurídica a no ser en la forma de programas. Cada respuesta a la pregunta así planteada se tiene que encontrar en el sistema jurídico, movilizando su propia recursividad. La respuesta no puede introducirse desde el exterior. Igualdad designa, por lo pronto, únicamente un concepto formal que connota y excluye la desigualdad. Sin embargo, en un siguiente desarrollo -que dio inicio con Aristóteles-, también se puede sujetar el otro lado de esta forma, es decir la desigualdad, al principio de la justicia, precisamente como exigencia de tratar los casos desiguales de manera desigual. Sólo así se complementa la fórmula del sistema, es decir, sólo así se hace relevante para todas la decisiones del sistema jurídico.[373] Sin embargo, de esta suerte se trasluce ahora también la paradoja que se pretendía cubrir mediante la fórmula de contingencia: porque la unidad del sistema exige ahora que se trate de manera igual lo igual y de manera desigual lo desigual, de manera que quede expresada la unidad de la diferencia: lo igual/ y lo desigual.

Tanto en el sentido de despliegue de la paradoja de la unidad de lo diverso, como en el sentido del concepto de forma -que hace posible la designación de uno de los lados de la distinción mediante la no-designación del otro-, el principio de justicia es absolutamente competente para el sistema (si se pudiera decir de esta manera). Según las circunstancias históricas, esta fórmula puede tomar entonces características muy diversas. Todas las fórmulas de contingencia tienen este significado nuclear; sin embargo, bajo diversas condiciones socio-estructurales, optan luego por diversas reespecificaciones. Lo mismo es válido también para el principio de igualdad de la justicia. El principio aristotélico de la justicia distributiva presupone, por ejemplo, una sociedad estratificada en la cual es irrefutable que los hombres se diferencian por nacimiento en libres/no libres, así como de acuerdo a su nivel social.[374] Si se parte de allí, existen criterios claros para designar aquello que le corresponde a un ser humano. Entonces expresiones como "suum cuique" adquieren

---

[373]Acerca de ello, recuérdense las afirmaciones del Capítulo 2, IX. Generalmente se reconoce en la actualidad que esta segunda regla, de tratar lo desigual de manera desigual, no se deduce lógicamente del principio de igualdad. Además, la afirmación de igualdad en sí no es ninguna razón para el tratamiento desigual. Véase, como ejemplo, Adalbert Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlín 1971, pp. 53ss. Se trata de la otra forma de la igualdad, y de que no se deje sin marcar este otro lado (en el sentido de "todo lo demás"), sino de designarlo específicamente para hacerlo accesible. Justamente por ello podemos decir que el principio de la justicia se complementa mediante esta segunda regla en vistas de su función de servir como fórmula de contingencia del sistema jurídico.

[374]Véase, para las pruebas, por ejemplo Arlette Jouanna, L'idée de race en France au XVIe siècle et au début due XVIIe, 2a edición, 2 vols., Montpellier [98], en especial vol. 1, pp. 275ss.

sentido,[375] puesto que lo que le corresponde a un ser humano, no es lo mismo para todos. Si se pierde esta condición estructural,[376] la fórmula de contingencia es devuelta a una situación abstracta casi metahistórica y entonces pareciera lógico que haya necesidad de buscar nuevos contactos –por ejemplo sustituir la referencia orientada hacia el rango por la referencia orientada hacia el sistema funcional.[377]

Esta relatividad histórica y socio-estructural de exigir decisiones consistentes es necesario que se complemente con otra característica. La consistencia podría alcanzarse a través de medios relativamente sencillos si sólo existieran pocos tipos de decisiones. Sin embargo, ese no es el caso en las sociedades desarrolladas con una práctica jurídica diferenciada. Por eso, sólo se puede hablar de justicia en el sentido de una complejidad adecuada en la toma de decisiones consistentes.[378] Lo adecuado de la complejidad resulta de la relación del sistema jurídico con el sistema social. En este sentido, se ha hablado también de "responsividad" del sistema jurídico.[379] Al interior de la teoría de los sistemas autopoiéticos, el término preciso sería el de "irritabilidad" (perturbability, sensitividad, resonancia). En su propia complejidad, el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas la situaciones sociales. Tiene que reducir complejidad, como todo sistema en relación con el entorno, y proteger la construcción propia de complejidad mediante altos muros de indiferencia. Pero entonces, la reconstrucción interna del entorno puede resultar, no obstante, más o menos compleja. Sin embargo, tal complejidad interna sólo responde a la exigencia de justicia, en tanto sea compatible con la consistencia, en el momento de la toma de decisión. En el capítulo sobre argumentación, volveremos sobre esta cuestión mediante el doble concepto de variedad/redundancia.

---

[375]Acerca de las condiciones de contenido de esta fórmula, véase Wolfgang Waldstein, Ist das "suum cuique" eine Leerformel?, en Ius Humanitatis: Festschrift für Alfred Verdross, Berlín 1980, pp. 285-320.

[376]Hacia finales del siglo XVIII, eso se notó primero en la reducción de la estratificación a relaciones de propiedad, y la nueva pobreza prácticamente sin derechos que eso provocaba. "Il ne suffit plus", se lee en Jacques Necker, De l'importance des opinions religieuses (1788), cit. según las Oeuvres complètes, vol. 12, París 1821, pp. 80s., "d'être juste, quand les lois de propriété réduisent à un étroit nécessaire le plus grand nombre des hommes". Pero apostar, en lugar de ello, a una "bienfaisance" motivada por la religión, es aún más anacrónico.

[377]Investigaciones politológicas y sociológicas acerca del problema de la justicia parten nuevamente del problema de la distribución, es decir, permanecen en el contexto "aristotélico". Véase para una división temática por ámbitos de bienes a Michael Walzer, Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit, trad, al alemán Francfort 1992. Eso se puede leer como un intento de combinar igualdad y desigualdad (es decir, ámbitos de bienes). Para acercarse a la literatura reciente, cf. Volker H, Schmidt, Lokale Gerechtigkeit – Perspektiven soziologischer Gerechtigkeitsahalyse, Zeitschrift für Soziologie 21 (1992), pp. 269-283. Además, desde 1987 la revista Social Justice Research (Nueva York). Es notable que hasta ahora, las reflexiones derivan hacia soluciones de los problemas, de acuerdo a las distintas situaciones, pero sin principio reconocible alguno. (Sólo se quiere ver cómo se hace en cada lugar, en cada caso.) Eso no puede ser satisfactorio, y además plantea la pregunta si el término de "justicia" se usa aquí correctamente. Nos parece importante resaltar aquí la separación terminológica de las fórmulas de contingencia, que son escasez y justicia. Además, la dependencia de la situación de las soluciones del problema sugieren la pregunta: ¿Puede haber justicia sin sistema (jurídico) y sin indicaciones históricas (en las que se puede reconocer lo igual y lo desigual), para las decisiones de cada caso?

[378]Acerca de este problema, véase detalladamente Niklas Luhmann, Gerechrtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 41 (1973), pp. 131-167; reimpresión en idem, Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Francfort 1981, pp. 374-418.

[379]Así Philippe Nonet / Philip Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, Nueva York 1978, y acerca de ello Gunther Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, Law and Society Review 17 (1983), pp. 239-283.

III

En el desarrollo histórico, el problema de la justicia parece que se presenta primero en relación a logros recíprocos. No se puede exigir más de lo que uno merece por esfuerzos propios, o bien se puede tan sólo exigir, al causante, la deuda por el daño ocasionado. Lo anterior se puede deducir del significado de la norma de reciprocidad en sociedades segmentarias.[380] Todavía Aristóteles trató este principio como un tipo especial de justicia sinalagmática o bilateral (a partir de la Edad Media: justicia conmutativa),[381] y aun autores actuales siguen con esta afirmación.[382] En sociedades nobiliarias, la máxima de la reciprocidad pudo adaptarse a las circunstancias estructurales modificadas al evaluar como dádiva lo efectuado por personas del alto rango - con la excepción del caso extremo de que nadie podía ser merecedor de la gracia de Dios.[383] En sociedades más complejas, sin embargo, la evaluación del valor de los productos, en tanto éste no está regulado por los precios de mercado, se convierte en un problema, y con ello, la norma de reciprocidad pierde su significado práctico. Además, numerosos roles, sobre todo los roles profesionales -incluyendo los roles del juez-, tienen que ser excluidos de la máxima de reciprocidad.[384] Incluirlos se llamaría, ahora, "corrupción". Es decir: la reciprocidad no puede representar ya la unidad del sistema a través de una máxima.

Al mismo tiempo, la práctica jurídica orientada por textos (conceptos, dogmas), permite una comprensión distinta del problema de la justicia. La justicia puede relacionarse ahora de una manera distinta con la forma de la igualdad: en la forma de reglas que deciden casos iguales de manera igual (y por lo tanto; casos desiguales de manera desigual). En una versión compacta: la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión.

En relación a la justicia conmutativa y a la justicia distributiva (que le es paralela), se logra aquí un paso de abstracción que presupone la existencia de un sistema jurídico diferenciado que es el que constituye los casos jurídicos. De lo que se trata, ya no es si lo que alguien obtiene –mediante intercambio, o mediante adjudicación– puede ser medido de manera justa; ahora, el problema reside en la cuestión de si un caso concreto -del que se ocupa el sistema jurídico-, se decide de manera justa. Con ello pierde sentido la vieja exigencia de la *justa medida* y de la *media* entre dos reclamaciones extremas. El punto de

---

[380]Cf. por ejemplo Richard C.Thunwald, Gegenseitigkeit im Aufbau und Funktionieren der Gesellungen und deren Institutionen, Festgabe für Ferdinand Tönnies, Leipzig 1936, pp. 275-297; o en forma más diferenciada: Marshall D. Sahlins, On the Sociology of Primitive Exchange, en The Relevance of Models for Social Anthropology, Londres 1965, pp. 139-265.

[381]Véase Ética Nicomaquea, libro 5, cap. 5-7, con la conocida distinción entre justicia distributiva y synalagmática.

[382]Véase por ejemplo Lon L.Fuller, The Morality of Law, New Haven 1964, pp. 19ss. Aparte, existe una rica investigación psico-social sobre el significado y evaluación sociales de la reciprocidad.

[383]Esto trae como consecuencia en la Edad Media que el que ante todo se rebela, el diablo, aparezca como el representante de la justicia.

[384]Así Claude Buffier, Tratié de la societé civile, París 1726, vol. IV, pp. 26ss.

vista comparativo pasa del “más o menos” de la evaluación, a lo que en el entramado recursivo de la reproducción de decisiones en el sistema se trate como igual (o bien como desigual). Este punto de vista tiene que llevarse hacia la abstracción. Un caso jurídico adquiere siempre su unidad en relación con determinadas partes del texto -que deben interpretarse-, y en relación a las partes cuyo conflicto requiere de una decisión. La decisión se basa en la posibilidad de delimitar el caso específico frente a otros casos, echando mano de reglas de decisión que a su vez puedan considerarse justas cuando seleccionan consistentemente entre casos iguales y casos desiguales. Esto significa que la justicia ya no se puede concebir -o sólo para fines de la moral o de la ética- como “virtud”.

El principio de consistencia en la toma de decisión queda separado de otros juicios de valor que circulan en la sociedad; queda separado, por ejemplo, de la cuestión de si los afectados son ricos o pobres, si llevan una conducta moral intachable, si requieren urgentemente ayuda.[385] Tales puntos de vista cuentan tan sólo cuando quedan registrados en la estructura programática del derecho positivo, i.e., cuando hay que considerarlos como “causales del delito”.[386] Mientras esta estructura programática no estuvo desarrollada como estructura sensible a los valores -diferenciada y suficientemente compleja-, se le hizo acompañar de un concepto compensatorio de equidad (aequitas). Este concepto presupuso, sin embargo, competencias especiales al interior de la jurisdicción general del noble, o bien, en la estructura paralela de la religión: la posible motivación de María[387] [die Motivierbarkeit Marias]. La unidad última de quien toma “como soberano” la decisión, se programa, entonces, bajo la forma de una paradoja desplegada –justicia y equidad; o en términos de virtud: iustitia y clementia. También es posible que conduzca, como en Inglaterra, a desarrollos paralelos de distintas jurisprudencias, entre las cuales una sirve especialmente al desarrollo del derecho y que se llama, entonces, “equity”. Sin embargo, eso se volvió obsoleto en la medida en que el desarrollo del derecho se transfirió a la jurisprudencia, y además, en la medida en que los tribunales se adjudicaron una mayor libertad de interpretación.[388]

---

[385]Esta separación se rechaza casi por completo en la actual filosofía del derecho. También la jurisprudencia relacionada con la máxima de igualdad contenida en el derecho constitucional legitima su discriminación mediante enunciados democráticos, es decir, en relación con estimaciones supuestamente difundidas. Sin embargo, no hay ningún control para ello. La consecuencia para la filosofía del derecho es que se llega así a un concepto ético de justicia, que a su vez no puede ser representativo para la totalidad de los juicios de valor que circulan en la sociedad. Véase como ejemplo la referencia a las desigualdades sociales y económicas en Rawls, op. Cit.Volveremos al punto al tratar el problema de la legislación (en el Capítulo 7, III).

[386]Justamente aquí, y no en el esquema igual/desigual, queda situada la ruptura con la tradición. Los autores que le dan importancia a la continuación, suelen hablar con una fórmula vacía que requiere de contenido, de lo “esencialmente igual”, o bien de lo “esencialmente desigual”. Así Ralf Dreier, Recht – Moral – Ideologie: Studien zur Rechtstheorie, Francfort 1981, p. 277; o bien Henkel, op. cit., pp. 395s. Como ejemplo de crítica, véase Nef, op. cit., pp. 105s.

[387]Véase Peter-Michael Spangenberg, Maria ist immer und überall: Die Alltagswelten des spätmittelalterlichen Mirakels, Francfort 1987.

[388]Acerca de la situación de transición en Escocia, donde parece especialmente lógico hacer una comparación con el desarrollo inglés en lo que se refiere a la “equity”, cf. David Liberman, The Legal Needs of a Commercial Society: The Jurisprudence of Lord Kames, en: Istvan Hont / Michael Ignatieff (edits.), Walth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment, Cambridge Engl. 1983, pp. 201-231; además, incluyendo a Inglattera, idem., the Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain, Cambridge Engl. 1989.

La reflexión en torno a la justicia se hace más manifiesta en la fase actual, en la medida en que aumenta la legislación. La legislación, al transformar el derecho, está necesariamente en contradicción con la exigencia de tomas de decisión consistentes. Permite decidir casos iguales en forma desigual y casos desiguales en forma igual, según si la decisión se toma antes o después de que la ley entre en vigor. Existen ciertas cautelas para la práctica de este rompimiento de la consistencia, como por ejemplo la previsión para el caso de transitoriedad; pero en principio, la legislación depende de una sociedad cuyas estructuras cambian con tanta velocidad que las divergencias temporales no se consideran injustas (o muy ligeramente). La justificación se transfiere al sistema político al que se cree capaz de realizar los cambios con intenciones positivas (por ejemplo bajo el título de "reforma").

Es posible que la tendencia actual de considerar la justicia como un principio puramente ético o apelativo-emocional (o únicamente como un valor que al entrar en conflicto con otros valores retrocede), sea también una reacción contra esta injusticia temporal del propio sistema jurídico. Así, la exigencia de una toma de decisión consistente y suficientemente compleja se considera una caracterización insuficiente de la idea de justicia[389] (pero eso no justifica que el sistema jurídico no la tome en cuenta). Desde aquí se comprenden aquellos intentos por encontrar formulaciones para la idea de la justicia que rebasen el sistema jurídico y el sistema político. Pero en la semántica de los "valores", la justicia se vuelve ya sólo un valor entre otros, y eso significa: que se tiene que dejar al criterio individual. El problema de la fórmula de contingencia en el sistema jurídico no se puede resolver de esta manera.

Una salida podría ser la posibilidad de circunscribir la fórmula de contingencia sólo para el centro del sistema jurídico, para el ámbito nuclear de la jurisprudencia, dado que sólo aquí se actualiza la paradoja de una posible toma de decisión sobre lo indecidible.[390] Todas las formas marginales de producción de validez jurídica -cierres de contratos, legislación-, quedarían excluidas entonces por su contacto estrecho con otras dinámicas de sistemas (economía y política) a pesar de que producen validez al interior del sistema jurídico. Estas formas marginales se apoyan en la disciplinarización proveniente de otros sistemas: aun cuando surgen sin el control de la justicia, no emergen arbitrariamente. Bajo este criterio, la imposibilidad de exclusión interna al sistema jurídico, propia de la protección jurídica, así como la prohibición de la denegación de la justicia, pueden ser condiciones suficientes para crearle al principio de justicia una base real y tan amplia como el sistema.

Una razón más para estabilizar de nuevo la justicia y garantizar su circulación bajo las condiciones actuales, resulta de la tendencia del Estado Benefactor a instituir programas orientados por fines. Los programas de fines legitiman la selección de medios y construyen así la desigualdad. Su legitimación política está en el principio de inclusión. Todo aquel que

[389]Véase por lo menos Ralf Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie 5 (1974), pp. 189-200, reimpresión en idem, op. cit. (1981), pp. 270-285.
[390] Para mayores detalles, véase Capítulo 7.

se vea beneficiado por el programa, se considerará favorecido; y saldrán perjudicados, en lo posible, todos: por ejemplo como contribuyentes. Se podría pensar en considerar esta gigantesca maquinaria política de equilibrio de la redistribución como un caso de “justicia distributiva”; pero ciertamente le faltan las bases iusnaturalistas; en su lugar entra ahora la contingencia de la decisión política que no puede considerarse como justa por el simple principio de redistribución -aunque corresponde a una convicción ampliamente difundida (que se refleja también en estudios psico-sociales), que la desgracia o bien es merecida, o bien fundamenta el derecho a la ayuda.[391]Pero esta simple dicotomización de los problemas complejos y sobre todo dependientes de las estructuras, rebasa por lo visto al Estado intervencionista. Por otra parte, esta dicotomización parece formar parte del correlato individual que es necesario, en el nivel político, para que el Estado de Bienestar no tenga problemas de aceptación. Esta idea de justicia hace, sin embargo, más referencia a la idea de Leibniz acerca del ordo seu perfectio circa mentes,[392] que a cualquier otra cosa que el sistema jurídico pudiera cumplir.

Los problemas que de allí resultan ocupan, por lo menos en Alemania, a la jurisprudencia constitucional.[393] Esta se entiende como control de la evaluación de los valores; sin embargo sólo sustituye un criterio por otro (eventualmente) distinto. La frontera entre el sistema político y el sistema jurídico, del que depende la propia jurisdicción constitucional (tanto jurídica como políticamente),[394] se va borrando. Quizás sería útil recordar que la “suplementación” del código derecho/no-derecho y con ella la reespecificación de la fórmula de contingencia requieren de programas condicionales.[395] La abstracción de las condiciones de la relevancia jurídica es la condición para poder diferenciar entre lo “igual” y lo “desigual” y para atribuirles consecuencias diversas. La programación condicional no es únicamente un apoyo cognitivo con relación a lo “igual” y a lo “desigual”, es la condición para que la idea de justicia pueda vertirse en la forma de igualdad (= normatividad). Por ello, no debe buscarse la igualdad al interior de las relaciones a las que remiten las condiciones[396] - ni en el sentido de la vieja justicia de

[391]Véase Melvin J. Lerner, The Desire for Justice and Reactions to victims, en: Jacqueline Macaulay / Leonard Berkowitz (edits.), Altruism and Helping Behavior: Social Psuchological Studies of Some Antecedents and Consequences, Nueva York 1970, pp. 205-229.

[392]C.J. Gerhardt (edit.), Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz, vol. 7, reimpresión Hildesheim 1965, p. 290.

[393]Véase sobre todo a Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Francfort 1991. Como balance especialmente sobre las opiniones jurídicas y la jurisprudencia en torno a la tesis de igualdad, véase también a Reinhold Zippelius, Der Gleichheitssatz, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 47 (1991), pp. 8-33. Evidentemente, aquí aparecen tendencias de sopesamiento de los valores materiales, es decir, tendencias a sacar a la luz la importancia de los juicios propios en los que la jurisprudencia se vuelve casi inevitablemente política, aun cuando cree relacionarse con “fines normativos”.

[394]Acerca de este asunto, véase el capítulo sobre los acoplamientos estructurales.

[395]Kelsen había visto en esta relación de justicia como igualdad y como programación condicional, un problema puramente lógico. Cf. Hans Kelsen, Das Problem der Gerechtigkeit, en: idem, Reine Rechtslehre, 2a. edición, Viena 1960, pp. 357ss (393ss). Con referencia al concepto derridiano de “supplément”, queremos indicar que no es así. Kelsen, por lo visto, no había registrado qué problemas respecto a la lógica y las paradojas se discutían ya en su tiempo.

[396]También en Podlech, op cit., p. 50., se lee que la tesis de la igualdad no es ningún programa condicional.

cambio y retribución, ni en el sentido de una comparación de las causas del delito;[397] sino debe buscarse en la forma de la relacionalidad de las relaciones condicionadas: en la igualdad/desigualdad de las “condicionales” de los programas condicionales.

Si ese es el caso, entonces no se excluye la posibilidad de que también los programas de fines se sometan al control de la justicia. Pero eso no conduciría a una evaluación de los valores, sino tan sólo a su recondicionalización. La justicia no consistiría entonces en la finalidad de los programas finalísticos, y tampoco en sus restricciones inmanentes como por ejemplo en las ventajas de los costos, o en la proporcionalidad de los medios. Estaría más bien en un condicionamiento adicional que determinaría, por ejemplo, qué características tendrían que estar presentes para que pudiera aplicarse un programa de fines; la justicia no estaría, por ejemplo, en la compatibilidad ecológica de las medidas jurídicas (permisos, prohibiciones, etc.), sino en la compatibilidad jurídica de la política ecológica.

En vistas de estos problemas -cuyo aumento está inducido tanto políticamente, como por las injerencias legislativas en el derecho, como por la programación orientada hacia fines-, se puede comprender por qué la crisis del principio de justicia ya no se puede resolver con el derecho natural. Pero esta crisis no se puede subsanar ni con el repliegue a la ética ni con la evaluación de los valores. Eso sólo transfiere la problemática hacia la pregunta por la “fundamenación” del derecho positivo. Pero dado que sólo “es válido” el propio derecho positivo; es decir que sólo es válido el derecho que puede utilizar el símbolo de la validez, no hay que preguntar por criterios externos al derecho sino por criterios internos.[398] Estos criterios se plantean mediante la pregunta de cómo, a pesar de la creciente complejidad en derecho, aún se pueden tomar decisiones consistentes; cómo aún se puede distinguir entre casos iguales y casos desiguales. Puede ser que desde el punto de vista ético se prefiera un derecho justo. Pero eso no es algo que se sobrentienda, como lo muestra una larga tradición. Una clara separación entre justicia y juicio moral (o bien reflexión ética), no es sólo una cuestión de autonomía del sistema jurídico. La separación garantiza también la independencia jurídica de la evaluación moral del derecho y, no por último, garantiza la posibilidad del desacuerdo moral en la evaluación de las cuestiones jurídicas. Además es condición de posibilidad de que se pueda saber, siquiera, de qué se trata un asunto cuando se plantea la pregunta por la calidad moral y ética de la justicia.

IV

La forma de la pregunta por la igualdad-desigualdad está cruzada por una larga tradición de más de dos mil años. Como forma que se encuentra en los textos ha permanecido

---

[397] Así por ejemplo en Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3a edición Heidelberg 1963, pp. 22ss.

[398] La tradición de la antigua Europa tendía, por lo menos en una de sus corrientes, más bien a ajustar el concepto ético de la justicia en cuanto a su contenido, con el derecho – por ejemplo en el sentido de que la justicia se refiere a la acción externa (operationes, actus) en vista de otros (ad alterum), y a lo que se debía según la ley (sub ratione debiti legalis), como se dice en las fórmulas de la escolástica.

idéntica. Esto dificulta la posibilidad de reconocer cambios en la fórmula que deben haberse realizado en la transición histórica que va desde las antiguas sociedades hasta la sociedad moderna -que está estructurada de una manera totalmente diversa. Para resumir nuestros análisis regresamos, por lo tanto, nuevamente al problema del derecho natural.

En el contexto iusnaturalista se podía partir de la idea de que las cosas se diferenciaban de acuerdo a su esencia, i.e., que las cosas en sí eran iguales o desiguales. No se podía disponer de las esencias. En todo caso, se les podía reconocer – y todavía con mayor precisión: las cosas eran reconocibles en el modo de observación de primer orden. Quien juzgaba de manera distinta, tenía que estar equivocado. El problema consistía entonces tan sólo en determinar (por ejemplo mediante el método dialéctico o mediante la técnica medieval de las cuestiones disputadas), quién estaba equivocado y quién manifestaba la opinión correcta, apoyándose en el conocimiento de causa y en la autoridad.

El derecho racional moderno que se entiende todavía como derecho natural rompe con esta tradición. Generaliza y singulariza los derechos individuales de libertad e igualdad, y los transforma en “derechos humanos” fundamentales, innatos. Lo que se supone ahora como “naturaleza”, no contiene (al contrario del concepto de naturaleza de las ciencias naturales) ninguna información acerca de las restricciones inmanentes a la naturaleza. Al contrario: la idea de una superioridad natural de ciertos hombres sobre otros (que según muestra la experiencia, parece evidente) se rechaza mediante los principios innatos de libertad e igualdad. Sin embargo, estos principios no sirven para la interpretación del derecho vigente.[399] Entran más bien en contradicción con el conjunto del orden jurídico, dado que las normas jurídicas sólo pueden formularse como delimitación de la libertad[400] y como motivo para el tratamiento de la desigualdad. La libertad niega la necesidad con el fin de ganar la posibilidad de determinarse a través de las casualidades, i.e., a través de las coincidencias históricas. Pero eso presupone sistemas ordenados; es decir sistemas restringidos que se pueden determinar a sí mismos con motivo de las oportunidades que se les presentan. La libertad pura sería lo mismo que la necesidad: un concepto paradójico. La libertad en todos los sentidos neutralizaría la identidad que se debe presuponer para poder tomar decisiones sobre lo igual y lo desigual: la libertad sería también una idea paradójica que se declararía a sí misma como imposible.

---

[399]Piénsese en la compatibilidad que se suponía sin más, entre igualdad y esclavitud en los Estados Unidos. Acerca de esta “distancia jurídica” del derecho de la igualdad natural y su significado político-constitucional alrededor de 1800, véase Ulrich Scheuner, Die Verwirklichung der Bürgerlichen Gleichheit, en: Günter Birtsch (edit.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848, Göttingen 1981, pp. 376-401.

[400]De las numerosas variantes acerca de este tema, mencionemos un solo ejemplo: en su teoría de la constitución de normas sociales, Emile Durkheim había mencionado dos variables irreductibles: el deseo (désir) y la restricción (sacré, sanction). Véase el tratado Détermination du fait moral, en: Emile Durkheim, Sociologie et Philosophie, París 1951, pp. 49-90, y sobre eso mismo, François-André Isambert, Durkheim et la sociologie des normes, en François Chazel / Jacques Commaille (edits.), Normes juridiques et régulation sociale, París 1991, pp. 51-64. Eso quiere decir (quizás exagerando dado que Durkheim deja sin aclarar el concepto de norma, es más, apenas lo utiliza): las evaluaciones de los valores no pueden surgir en una libertad ilimitada, y las normas son formulaciones de esta relación entre condicionamiento y gradación.

En la modernidad, la forma más importante del despliegue de estas paradojas trabaja con una diferencia histórica. Se expresa en la diferencia entre estado natural y estado de civilización. En el nivel de los derechos humanos universales, la libertad es exclusión de restricciones externas, y la igualdad es exclusión de desigualdad. Sólo así, esos derechos pueden comprenderse in abstracto como distinciones y designaciones. Esto, sin embargo, nos regresa a la vieja paradoja iusnaturalista, en el sentido de que el derecho sólo puede presentarse como desviación del derecho. La solución de la paradoja se encuentra, entonces, en una re-entry de la distinción en lo por ella ya distinguido. La libertad tiene que aceptar restricciones legalmente aceptadas, la igualdad tiene que aceptar desigualdades legalmente aceptadas. El "otro lado" de la libertad y la igualdad se incluye en el derecho: la propia diferencia se convierte en objeto de regulaciones jurídicas que puede disponer de ambos lados de las dos distinciones. Así se confirma nuevamente la diferenciación del sistema jurídico, ya que la regulación se tiene que dar al interior del sistema jurídico; se deben tratar de restricciones introducidas de manera jurídicamente válida (es decir, no sólo de restricciones racionales), y se tiene que tratar de la desigualdad de los casos jurídicos, y no de la desigualdad de los hombres. Con este despliegue de la paradoja, sin embargo, se postula todo el derecho como contingente, i.e., como positivo. La formulación de los puntos de partida en calidad de principios o derechos o valores, sirve únicamente para encubrir este hecho.[401] La base del derecho no consiste en una idea que funge como principio, sino en una paradoja.

Cuando se levanta el velo que cubre la paradoja, se hace evidente cómo el postulado de la justicia sirve como fórmula de contingencia. Al aceptar la contingencia en la formulación correspondiente, uno puedede servirse de los cambios jurídicos. A ello corresponde que el derecho se exponga a sí mismo a la observación de segundo orden, con el fin de disponer de manera distinta del contexto de libertad/restricción, o igualdad/desigualdad. Lo equivalente es válido para la sociedad moderna en general, como forma continua de su autodeterminación operativa. De manera estrictamente paralela al proceso de diferenciación de los sistemas funcionales como forma de diferenciación dominante, la sociedad se ha reorientado a un modo de observación de segundo orden: para no perderse

---

[401]El encubrimiento de la paradoja mediante un re-entry se hace más claro cuando, en el estilo del derecho racional moralista, se distingue la libertad no sólo de su contrario, sino de sí misma en la separación de liberty y licentiousness (libertad y libertinaje). La diferencia entre libertas/licentia era un bien común del derecho natural, desarrollado con motivo de la polémica contra Hobbes, y después pudo ser utilizado también para legitimar la insistencia en tales derechos civilizatorios de libertad y, así, diluir las consideraciones políticas. Véase por ejemplo Christian Wolff, Jus naturale methodo scientifica pertractatum, Pars I, §§ 150s., cit. según la edición Francfort / Leipzig 1740, nueva impresión Hildesheim 1972, pp. 90s.; idem, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, § 84 (aquí: Freiheit/Frechheit: libertad/atrevimiento), cit. según la edición Halle 1754, nueva impresión Hildesheim 1972, p. 52. Como se puede ver en las citas mencionadas, es posible que esta paradoja de la re-entry, la reintroducción de la diferencia en la diferencia, puede usarse tanto para fines radicales y críticos, como para fines más bien conservadores y analíticos. (Véase al respecto Richard Price, Observations on the Nature of Civil Liberty, The Principles of Governmet, and the Justice and Policiy of the War with America, 2a edición Londres 1776, pp. 12ss.) Entretanto, incluso la teoría crítica se ha vuelto conservadora. Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992, p. 51, en la tradición de Kant (sin referirse al derecho natural) distingue la libertad arbitraria de la autonomía.

en situaciones refinadas -artificiales por así decirlo-, hay que observar a los observadores. Es probable que eso sea válido para todos los sistemas de funciones.[402] Es válido para lo que se podría llamar el discurso intelectual de la modernidad. Y es válido también para el sistema jurídico.

Toda decisión sobre cuestiones jurídicas – retomaremos este punto con todos los detalles en el capítulo acerca de la argumentación – tiene que ubicarse a sí misma en el contexto de otras decisiones; es decir, tiene que observar cómo el derecho es observado por otros observadores. En este sentido, se puede tratar de legisladores: entonces todo depende de la intención de transformar por parte del legislador; o bien se trata de sentencias, y entonces todo depende de cómo el tribunal define el problema del caso y mediante qué consideraciones fundamenta su decisión. Una investigación cuidadosa, incluso teóricamente discutida de tales “rationes decidendi” ha sido desarrollada sobre todo por la Common Law, con motivo de la adhesión a los casos precedentes.

En este contexto, la distinción igual/desigual, es decir la pregunta por la decisión justa en cada caso, obtiene una función nueva, contemporánea. En principio, uno pensaría que un sistema que opera en el nivel de la observación de segundo orden, tiende a volverse conservador; es decir: a decidir tal como decidieron los observadores observados. Porque desde la naturaleza del propio asunto no se espera ninguna oposición; y si todo es contingente, i.e., si todo podría ser de otra manera, es igualmente posible seguir haciendo todo como hasta ahora. Esto es válido en mayor grado para el sistema jurídico que ha diferenciado el mecanismo de transformación en la forma de leyes y contratos, y que dispone en la organización de los tribunales de una jerarquía que sugiere (incluso obliga) que las instancias inferiores se orienten por las instancias superiores de la jurisdicción. Es esta tendencia, especialmente elaborada en el derecho, de orientarse según decisiones precedentes, la que se corrigen mediante la fórmula de contingencia.

Precisamente porque las decisiones se tienen que tomar como contingentes, es decir como decisiones, hay una provocación contenida en la pregunta si en relación con las decisiones precedentes está dada una relación de igualdad o de desigualdad -para lo cual hay que tomar una decisión. El esquema igual/desigual prácticamente introduce una bifurcación en el sistema -que tiende con buenas razones (por ejemplo la de la seguridad del derecho) a la repetición. Precisamente un sistema operativamente clausurado hacia fuera tiene que evitar las clausuras hacia su interior. Por supuesto esto sucede sobre todo

---

[402]Véase por ejemplo para la economía, Dirk Baecker, Information und risiko in der Marktwirtschaft, Francfort 1988; para la familia, Niklas Luhmann, Sozialsystem Familie, en idem., Soziologische Aufklärung vol. 5, Opladen 1990, pp. 179-182; para las ciencias, Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990, especialmente pp. 318ss., 362ss. (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996, Capítulos 2 y 6). Habría que discutir en todo caso si el sistema del tratamiento de enfermos constituye una excepción. Aquí, la observación del médico se dirige al cuerpo del paciente. El médico observa en primer lugar cómo reacciona el cuerpo del paciente a las medicinas. Es decir: cómo discrimina el cuerpo del paciente. i.e. : cómo el cuerpo del paciente observa cómo es observado. En este contexto, se pueden considerar procesos psicosomáticos. Pero el trato social inmediato de los médicos sigue siendo extremadamente difícil y, por así decirlo, insensible.

mediante los mecanismos que cambian los fundamentos de validez de las decisiones – leyes y contratos. Pero se trata de mecanismos que dependen de supuestos muy inciertos sobre un futuro muy incierto. Por eso es necesaria una segunda corrección, una corrección de mayor alcance que sitúe los casos concretos en el contexto de los ya acontecidos, y así produzca nuevamente situaciones abiertas para la toma de decisión. La comparación bajo el punto de vista igual/desigual respecto a las distinciones que se tienen que decidir siempre, de nuevo, parece cumplir con esta función. La evaluación de la intención del legislador o de quien firma un contrato, es entonces sólo una posible sonda mediante la cual se puede examinar si la interpretación de la "voluntad" (como sea que se haya reconstruido) de los legisladores corresponde con su intención (es decir, si se "parece") o no. Adicionalmente se pueden realizar comparaciones retrospectivas o prospectivas acerca de las decisiones, para comprobar la consistencia del cambio y así exponer las decisiones a otros procesos de observación.

En este sentido, la justicia está específicamente regulada conforme al modo de observación de segundo orden. Entonces tiene también sentido afirmar que se trata sobre todo de un esquema de observación pensado para el tribunal, para lo cual el legislador simplemente produce materia nueva que debe ser examinada.

CAPÍTULO 6
La Evolución del Derecho

I

Estamos relativamente bien enterados, desde la antigüedad, de la historia del derecho. Sin embargo, las fuentes disponibles no se han trabajado desde una perspectiva teórica. Es opinión actual que para dicha tarea los conceptos adecuados son los de la teoría de la evolución. Con todo, en la literatura especializada (incluyendo la literatura especializada del derecho) el concepto de evolución es poco nítido.[403] Son sobre todo los puntos de partida de la teoría de la evolución los que se han distorsionado. En el siglo XVIII, en Hume, Lord Krames y Fergunson, se encuentran ya descripciones evolutivas del derecho que tienen características muy parecidas a las teorías modernas de la evolución (imposibilidad de planificación, el reconocimiento sólo a posteriori de las conquistas evolutivas, el desarrollo paulatino, los estímulos azarosos, acumulación de sabiduría surgida de las decisiones de los casos particulares). Pero en ellos no se encuentra una estructura teórica clara de la diferencia. Algo semejante es válido para la escuela histórica del derecho de la primera mitad del siglo XIX.[404] En la bibliografía actual llama la atención que en las aportaciones relativamente concretas sobre el derecho, o en las escuelas que tratan sobre la "evolución" de los institutos jurídicos,[405] se utiliza el concepto de evolución sin ningún tipo de precisión teórica. Por otra parte, la aplicación del esquema de Darwin

[403] Para una revisión general más amplia, pero lingüísticamente limitada, cf. E. Donald Eliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, Columbia Law Review 85 (1985), pp. 38-94. Cf. también la heterogeneidad de escritos más recientes a la que se remite Gunther Teubner, Recht als autopoetisches System, Francfort 1989, p. 61, con la exigencia de que es necesaria una aclaración conceptual. También véase a John. H. Beckstrom, Evolutionary Jurisprudence: Prospects and Limitations of Modern Darwinism Throughout the Legal Process, Urbana Ill. 1989, sin contestar de manera unificada la pregunta por la referencia sistémica de la que se parte, e incluso poniendo a discusión el punto de partida socio-biológico.
[404] Para comparar la evolución del lenguaje y del derecho en esta escuela, véase a Alfred Dufour, Droit et langage dans l'École historique du Droit, Archive de philosophie du droit 19 (1974), pp. 151-180.
[405] Cf., p. Ej., Robert Charles Clark, The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Jale Law Journal 87(1977), pp. 90-162: Robert A. Kagan et al., The Evolution of State System Courts, Michigan Law Review 76 (1978), pp. 961-1005; Ronald A. Heiner, Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Precedent and Rules, Journal of Legal Studies 15 (1986), pp. 227-261.

(variación/selección/estabilización)[406] al sistema del derecho, no se ha especificado con suficiencia. Utilizaremos el concepto de evolución de Darwin que, a pesar de que puede ser mejorado, cuenta como una de las conquistas más importantes del pensamiento moderno.[407] Sin embargo esta denominación etimológica no la emplearemos como un argumento analógico, sino como referencia a una teoría general de la evolución que puede encontrar aplicaciones en muy diversos campos.[408] Preferimos esta teoría porque parte de un concepto teórico de la diferencia. Su tema no es la unidad de la historia como desarrollo de un principio hasta nuestros días, sino, más restringidamente, las condiciones de posibilidad de los cambios estructurales no planificados y la explicación de la diversidad (o la gradación de la complejidad).

Los recientes desarrollos de la teoría de sistemas no facilitan plantear y resolver estos problemas -más bien los dificultan. Si se parte de la clausura de operación de los sistemas y de la determinación de las estructuras, resulta difícil entender: 1) cómo es que puede haber cambios estructurales y 2) por qué aleatoriamente (=no necesariamente -o en qué casos sí) se pueden reconocer los cambios: por ejemplo en la diversificación de las especies o en el incremento de complejidad de la sociedad. A la par de la exactitud con la que se plantean los problemas, aumentan los requisitos del aparato teórico que entra en consideración para solucionarlos, y aumentan también los criterios con los que una propuesta se pueda designar como teoría de la evolución. Es claro que la evolución sólo se lleva a cabo si tanto la *diferencia* como la *adaptación* entre sistema y entorno se mantienen; en caso contrario desaparecería el objeto de la evolución. Con esto, sin embargo, no se ha resuelto todavía el problema de cómo es posible la evolución.

La forma en la que se explica este problema es la distinción entre variación y selección. Esta distinción -si está establecida como diferencia real (por ejemplo como mutación, o como recombinación genética, o como capacidad de sobrevivencia)- produce forzosamente multiplicidad de formas. Éstas generan desviaciones en el punto de partida y en la relación de las especies entre sí -las que, a su vez, en calidad de condiciones diferenciadas del entorno vuelven a influir en la evolución. Todo lo demás, aun el dogma de la selección natural tan importante para Darwin, lo consideramos como cosa secundaria. El problema de la elaboración de estos (y de otros) aspectos de la teoría de la evolución, cada día se transfieren más a la pregunta por la relación entre la teoría de la evolución y la teoría de sistemas. O con más exactitud: se transfieren a la relación entre los esquemas de variación/selección y sistema/entorno, como formas diferentes de selección que necesitan una teoría para que queden coordinados.[409] De la "natural selection" en el sentido de una

[406]Propuesto, p. ej., por el sociólogo Albert G. Keller, Law in Evolution, Yale Law Journal 28 (1919), pp. 769-783.
[407]Así con mucha empatía Ernst Mayr, Evolution und die Vielfalt des Lebens, Berlín 1979.
[408]Así también Keller, op. cit, p. 779.
[409]El coqueteo reciente de la teoría de la evolución con la teoría de los juegos, sólo es un ejemplo de esta afirmación, empezando con R.C. Lewontin, Evolution and the Theory of Games, Journal of Theoretical Biology 1(1961)), pp. 382-403. Para la teoría de los juegos aplicada a las poblaciones, cf. también John Maynard Smith, Evolution and the Theory of Games, Cambridge, Ingl. 1982.

selección que proviene del exterior, sólo se puede hablar si previamente se indica aquello que como sistema está expuesto a esa selección proveniente del entorno.

De esta manera se plantea la pregunta por las características del sistema que hacen posible la evolución. Contestamos la pregunta haciendo referencia a que el sistema está coaccionado a efectuar una selección y que ésta es resultado de su circularidad operativa y de su limitada complejidad frente al mundo. Dejando de lado otras cuestiones -si en el ámbito de la física con relación a los átomos, a los soles, a las galaxias y a las moléculas químicas, se pudiera hablar también de evolución-, el concepto de sistema autopoiético nos servirá de hilo conductor. Es fácil ver, aquí, que la conservación de la autopoiesis como *conditio sine qua non* de toda evolución, se puede alcanzar a través de una cambio en las estructuras; es decir, a través de un cambio que sea compatible con las estructuras. Por consiguiente, la evolución se efectúa cuando se cumplen diferentes condiciones y cuando éstas se acoplan entre sí de manera condicional (= no necesaria), a saber:

1) La *variación* de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes.

2) La *selección* de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones.

3) La *estabilización del sistema*, en el sentido de mantenerlo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoiética de esa forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutación.

Dicho de manera abstracta: La *variación* concierne a los elementos del sistema; la *selección* concierne a las estructuras y la *estabilización* concierne a la unidad del sistema que se reproduce autopoiéticamente. Los tres componentes constituyen un estado de cosas necesario: no hay sistemas sin elementos, elementos sin sistema... La improbabilidad de toda evolución radica en último término en que es posible un *acceso diferenciado* a estos componentes. Pero ¿cómo?

No podemos elucidar aquí si la evolución de la sociedad se explica con esta teoría. Lo damos por supuesto.[410] La pregunta es entonces si dentro de un sistema (el de la sociedad) que evoluciona, puede haber más subevoluciones: por ejemplo, la del sistema del derecho.[411] Este problema se presenta en paralelo con la pregunta de si en sentido estricto dentro de los sistemas autopoiéticos pude haber subsistemas autopoiéticos; o si el hecho de que se depende de un entorno que representa el entorno interno de un sistema

---

[410]Al respecto Niklas Luhmann / Raffaele De Giorgi, Teoria della società, Milán 1992, p. 169 y ss. (En castellano: Teoría de la sociedad, U. De Guadalajara, U. Iberoamericana, Iteso, Guadalajara, 1993, Capítulo 3).

[411]También la biología se encuentra con este problema al preguntarse si puede sólo haber una evolución global de la vida que llevó a la creación de una variedad de especies, sustentada en un procedimiento de reproducción que, en el sentido químico, es principalmente del mismo tipo; o si también se puede hablar de una evolución de las especies y poblaciones particulares, cuando las condiciones de reproducción bisexual aíslan tales sistemas.

autopoiético, contradice el concepto de autopoiesis. Dicho de modo concreto: La sociedad se comunica y se deslinda, de esta manera, del entorno externo; el derecho también se comunica y, en este sentido, realiza la autopoiesis de la sociedad. La sociedad utiliza el lenguaje; el derecho también -sólo que con ligeras variaciones en las condiciones de la comprensibilidad. La sociedad depende del acoplamiento estructural con los sistemas psíquicos; el derecho también. Ahora bien, ¿estas dependencias mutuas excluyen el supuesto de una evolución independiente del sistema del derecho?[412] La tesis que afirma una autopoiesis independiente del derecho nos lleva a la confirmación de también una evolución independiente del derecho.[413] Repetimos: el concepto de clausura operativa no excluye la evolución. La evolución no es una gradación paulatina, continua e ininterrumpida de la complejidad, sino un modo de cambios estructurales del todo compatibles con transformaciones bruscas ("catástrofes") y con largos períodos de estancamiento ("Stasis").[414] Es evidente que para que haya de súbito una nueva formación, se deben cumplir un sinnúmero de precondiciones: "preadaptative advances".[415] Esto es válido también para la posibilidad de un sistema de derecho establecido en un nivel de autoobservación de segundo orden -posibilidad que surge de la experiencia de zanjar los conflictos normativos, echando mano del recurso de la codificación: conforme a derecho/no conforme a derecho.

Mucho antes de que el código se hiciera binario y de que utilizara la técnica de la lógica, ya existía material jurídico suficiente que se había apuntalado en la forma de programas condicionales.[416] Se sabe, pues, ya lo que significa (o lo que no significa) que los observadores se deben atener al derecho, y se sabe por qué los programas condicionales que se aplican sirven para regularizar la atribución con respecto al derecho (no derecho), y para que esta función madure. Otro impulso evolutivo sobreviene cuando el derecho debe defender su autonomía en el nuevo contexto de la diferenciación por funciones de la

---

[412]Precisamente en este punto (¿pero por qué finalmente sólo a raíz de estas dependencias?) se niega frecuentemente que pueda haber una autopoésis de los sistemas parciales. Para la economía, véase p.ej. Josef Wieland, Die Wirtschaft als autopoietisches System - Einige eher kritische Überlegungen-. Delfin X (1988), pp. 18-29, para la ciencia Wolfgang Krohn/Günther Küppers, Die Selbstorganization der Wissenschaft, Francfort 1989, p. 21 y ss; para el sistema de derecho William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park Calif. 1990. p. 44 y s. En ello juega un papel importante el argumento (teóricamente no reflexionado) de las demostraciones "empíricas", a saber, la representación de que la acción sólo se puede observar desde el hombre. Sin embargo, aún para las sociedades que todavía no conocen la escritura, habría que dudarlo. Sea como fuere, al argumentarse de esta manera, se excluye cualquier aplicación de la teoría de la evolución como la presentamos aquí, a un estado de cosas externo a la biología.

[413]Cf. también Huntington Cairns, The Theory of Legal Science Chapel Hill N.C. 1941. p. 29 y ss: Richard D. Schwartz/James C. Miller, Legal Evolution and Societal Complexity, American Journal of Sociology 70 (1964), pp. 159-169.

[414]Tal vez eso incluso sea un caso típico.. Cf. Niles Eldredge / Stephan Jay Gould, Punctuated Equilibria: An Alternative to Phyletic Gradualism, en: Thomas J. M. Schopf (ed.), Models in Paleobiology, San Francisco 1972, pp. 82-115.

[415]Los análisis de Hegel que se refieren a los problemas de transición impuestos por su teoría, se pueden leer precisamente en este sentido, por ejemplo, la presentación del comienzo de la estética simbólica, en sus conferencias sobre la estética, cit. según la ed. Francfort 1970, tom. 1 (Obras, tom. 13), p. 418 y s. Para los avances preadaptativos de una autopoiésis del sistema del arte cf. además Hans Belting, "Bild und Kult": Eine Geschichte des Bildes vor dem Zeitalter der Kunst, Munich 1990.

[416]Véase más de cerca el párrafo sobre los programas condicionales, Capítulo 4,IV.

sociedad.[417] Un sistema autopoiético que se cierra por primera vez o que defiende su clausura en un contexto social radicalmente transformado (que se vuelve, pues, a formar de nuevo), no lo hace mediante una reorganización planificada sino mediante una reconstrucción evolutiva de las instalaciones ya existentes.[418]

Sin embargo, esta compatibilidad de la teoría de sistemas con la teoría de la evolución no es suficiente. Se debe mostrar cómo se realiza la evolución en este nivel del sistema. Y si la explicación resulta satisfactoria, simultáneamente se aportará un argumento a favor de la autopoiesis independiente del sistema del derecho.

II

Antes de empezar a analizar cómo, en el caso del sistema del derecho, están diferenciadas las funciones evolutivas de variación, selección y estabilización, se debe explicar cómo quedan del todo fijas las estructuras del sistema como para que estén expuestas a la acometida de la evolución. Lo más inmediato es pensar en la fijación por escrito, sin embargo, en cuanto se indaga más de cerca surgen preguntas relativamente complicadas.[419]

La escritura como memoria social funciona con la ventaja de mantener disponible, de manera no obligatoria, el conocimiento para situaciones imprevisibles. Desde luego que antes del descubrimiento de la escritura existe memoria en la sociedad. Con frecuencia se supone que las sociedades arcaicas dependían de la memoria psíquica de los individuos. Sin embargo esto no es exacto. Más bien la memoria social radica en la conservación tradicional de los conocimientos. Es decir, en la capacidad de retardar el tiempo de la memoria psíquica, activándola sucesivamente, para que conservara un conocimiento que se sobrepusiera al tiempo -aunque el tiempo estuviera pasando.[420] Esta forma de memoria temporal tenía desventajas considerables que se hicieron notar en los ámbitos en donde precisamente las inseguridades o los conflictos de las situaciones complejas se debían conciliar mediante conocimientos incuestionables: en la adivinación y en el derecho. Por

---

[417]También en este tiempo difícil de transición de la "nacionalización" del sistema político, la autopoiésis del sistema de derecho se impone de manera evolutiva. Cf. al respecto Rudolf Stichweh, Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (siglo XVII - XIX), Rechtshistorisches Journal 9 (1990), pp. 254 -272.

[418]Dentro de la discusión teórico-jurídica existe, por lo demás, un problema estructural exactamente igual en la pregunta de si se puede hablar (y reconocer) que el derecho consuetudinario surja o se transforme. Esto teniendo en cuenta, según una opinión general, que una práxis que se aparte del derecho no puede constituir derecho, y además teniendo en cuenta que el error jurídico queda excluido como fuente del derecho. (D. 1.3.39: (Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet). Véase también a Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, tom. I, Berlín 1840, p. 14: "El hecho indudable es que en cualquier parte donde se discute y se toma conciencia de un estado de derecho, existe ya mucho antes una regla para eso mismo, es decir, no es necesario ni es posible inventarlo sólo hasta ese momento".

[419]Para una primera orientación, véase a Jack Goody, Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, trad. al alemán, Francfort 1990, p. 211 y ss.

[420]Cf. "la demora de la transmisión" como forma de una "temporal memory" en Klaus Krippendorff, Some Principles of Information Storage and Retrieval in Society, General Systems 20 (1975), pp. 15-35 (19 y ss).

eso, en esos campos muy pronto hubo cambios orientados a la conservación del conocimiento: fijaciones por escrito que, para situaciones imprevisibles, podían reactivarse a través de un acceso específico.

La escritura (como los sonidos de la comunicación verbal) es -de manera muy efímera-, un mecanismo de acoplamiento estructural (físico, perceptivo y comunicacional) entre la realidad física, la psíquica y la social. En este sentido, la escritura realiza mucho más de lo que expresa: produce un proceso de diferenciación de los textos, que luego puede servir de base *idéntica* para la creación de *diferentes* opiniones. La escritura presupone así un "espace blanc" en calidad de una "infinité marqué et marquable"[421]; es decir, un "espacio sin marca" para que pueda ser sustituido por un "marked space", en el que la marca efectúa una distinción, además de que ella es distinguida.[422] Sólo en el medio de las marcaciones son posibles las marcas, y las posibilidades de combinación de las marcas resultan ser un medio para la conformación de formas que luego aparecen como texto.

Este medido fisical (medio/forma) provee a la escritura de una constancia que es independiente de la utilización comunicativa -si no, la escritura se disolvería. Por sus propiedades físicas, la escritura es parte del entorno del sistema de comunicación. La escritura, debido a estas características, no puede ser un componente de la comunicación social. El sistema de comunicación sólo "asimila" la escritura al utilizarla como información.[423] La asimilación sólo se refiere al sentido, no a la parte física de la escritura.[424] Precisamente por eso, la escritura puede garantizar una constancia que no obstaculiza el estar permanentemente llamando la información diferenciada dentro del contexto cerrado de la comunicación misma. Estas informaciones posibilitan que el sistema condense sus propias identidades en la reutilización del sentido. La escritura facilita el permanente acceso al sentido y dificulta el olvido (que en sí mismo es benéfico).[425]

La escritura hace que la comunicación se independice del momento de la comunicación y, con ello en gran parte, se independiza de las intenciones del que comunica. Si la intención es relevante (o no), no es cuestión directa que incumba a la interpretación. Las evidencias situativas e intencionales no proceden: deben ser sustituidas por la claridad de la afirmación y por las directivas de interpretación. Todos los que

---

[421]Esta formulación en Julia Kristeva, Semiotiké: Recherche pour une sémanalyse, París 1969, p. 315.

[422]Esto en la terminología de George Spencer Brown, Laws of Form, reimpresión, Nueva York 1979.

[423]Esto es válido también (como últimanente se ha subrayado mucho), si la forma de la escritura, la configuración óptica, etcétera, juegan un papel importante en la comunicación.

[424]Una distinción similar tiene lugar también en la membrana celular. Los objetos físicos que no han cambiado se integran en el contexto cerrado de la utilización y de la reproducción de la célula. Cf. Jean-Claude Tabary, Interface et assimilation, état stationaire et accomodation, Revue internationale de systémique 3 (1989), pp. 273-293.

[425]Decimos “dificulta”, dado que también los textos legales fijados por escrito pueden olvidarse o volverse obsoletos. Esto hay que anotarlo, sobre todo, para la época antes del descubrimiento de la imprenta. Cf. Mario Brentone, Le Norme e il tempo fra tradiziones classica e conscienza moderna. Materiali per un storia della cultura giuridica 19 (1989), pp. 7-26.

participan en la comunicación, incluso los que comunican, deben ser considerados como "ausentes".[426]

Mucho antes de que la escritura se utilizara para la comunicación, servía ya para fijar informaciones dignas de ser memorizadas. Las situaciones jurídicas forman parte de los casos más antiguos en los que el desarrollo y utilización de la escritura pareció lo más adecuado.[427] Según los conocimientos actuales, esta evolución no se dio a través de la promulgación de leyes -lo que debió presuponer un concepto desarrollado de cultura escrita-, sino por las transacciones que eran relevantes para el derecho: fijar el cumplimiento de las obligaciones, de los préstamos, de los contratos, de los testamentos; en breve, para todo aquello que hemos tratado anteriormente bajo el concepto de cambios de la validez. Investigaciones recientes apuntan hacia una relación estrecha entre escrituras incipientes y prácticas de adivinación[428]: se trataba de responder a preguntas por lo desconocido, a partir de situaciones muy diversas.[429] En parte se supone que la escritura surgió para conservar las interpretaciones de la adivinación;[430] y en parte esta utilización en contextos de adivinación fue lo que la difundió a lo largo de la sociedad hasta llegar a la fonetización en Mesopotamia.[431] En estas civilizaciones tempranas (altamente desarrolladas), los problemas legales se presentaban como problemas de adivinación: al detectar los problemas y saber qué es lo que había sucedido, la culpabilidad (o la inocencia) se distribuían en una relación muy estrecha, en analogía con el esquema de circunstancias favorables/desfavorables.[432] De este modo, el derecho participa de la complejización, racionalización y profesionalización del arte adivinatorio. La escritura servía, en uno y otro caso, para anotar los conocimientos necesarios. Los testimonios escritos como el famoso *Código de Hammurabi*, no eran leyes, en sentido estricto, a las que el derecho les hubiera conferido validez. En la forma del *si esto/entonces esto*, correspondían exactamente a las reglas normales de la adivinación y en este contexto servían también a la

---

[426]Derrida utiliza esta idea como trampolín para radicalizar el concepto de "écriture". Véase, sobre todo, a Jacques Derrida, De la Grammatologie, París 1967; idem., signature événement contexte, en idem. Marges de la philosophie, París 1972, pp. 365-393, sobre todo, p. 376.

[427]Probablemente, en lo que respecta al registro de las transacciones, incluso en un lapso de tiempo que en sentido propio ya había empezado milenios antes del descubrimiento de la escritura, es decir, que se remite hasta los inicios del neolítico.. Véase al respecto Denise Schmandt-Besserat, An Archaic Recording System and the Origin of Writing, Syro-Mesopotamian Studies ½ (1977), pp. 1-32.

[428]Nos damos por satisfechos con la palabra "Divination" que se usa internacionalmente, aunque podríamos disponer de la palabra alemana profecía.

[429]Véase, sobre todo, a Jean-Pierre Vernant et al., Divination et Rationalité, París 1974.

[430]Así para la China León Vandermeersch, De la torture â l'achillée: Chine, en: Vernant et al., op cit. pp. 29-51. Por lo demás, es éste un buen ejemplo para la evolución de la escritura misma. Los signos cargados de simbolismo, que originalmente aparecieron en las muestras óseas o también en las tortugas, posteriormente se leen, si han sido preparados de manera adecuada, como ideogramas y se independizan como escritura. De otro modo no se puede explicar el repentino surgimiento de una escritura tan compleja. Como "avance preadaptativo" esto presupone una práxis de adivinación racionalizada que interviene en muchas situaciones de la vida.

[431]Véase Jean Bottéro, Symtômes, signes, écritures en Mésopotamie ancienne, en Vernant et al, op. cit (1974), pp.70-197. Cf. más aportaciones especiales en idem. Mésopotamie: L'écriture, la raison et les dieux, París 1987, p. 133ss, 157ss.

[432]Bottéro, op. cit (1974), p.142, habla de "identidad formal entre justicia y adivinación".

praxis jurídica: resolvían casos.[433] La casuística generalizada y la codificación binaria de signos favorables/desfavorables se creó fundamentalmente para fines de adivinación. Pero este empuje de complejidad que se obtuvo debido a todos los conocimientos que aportaba la escritura, finalmente resultó también de beneficio para el derecho.

Con otras palabras, mucho antes de que la conservación por escrito se tuviera como condición de validez, ya se había desarrollado, por la escritura, una cultura del derecho con sus correspondientes peritos. Incluso la *stipulatio* (convenio) romana fue una explicación unilateral obligatoria que se vertía verbalmente, aunque para fines de comprobación se podía también anotar.

La conservación por escrito no llevó de inmediato a la renuncia de los testigos presenciales.[434] La escritura, sin embargo, tuvo la gran ventaja -y esto puede explicar su aplicación temprana en los asuntos jurídicos-, *de hacer reconocible las desviaciones* que, por el nerviosismo en la disputa, se podían perder con facilidad. La escritura, atenta a esas desviaciones, sirve para fijar lo acontecido y así de manera anticipada evitar conflictos. Con todo, en la discusión antigua se menciona una y otra vez que la escritura se presta más al engaño y a la posibilidad de falsificación que la comunicación verbal entre presentes. Mucho más tarde, la versión escrita asume la función de "publicación" y de poner de manifiesto que el derecho es para cualquier persona. Para que las desviaciones se hicieran, en concreto, visibles bastaban los expertos conocedores de la forma escrita: la función de la publicación presupuso una cultura de literalidad ampliamente difundida.

Mientras las culturas orales dependían, respecto de la memoria, de la repetición fidedigna (que como siempre, después se hizo ficticia), por ejemplo de las formas rituales, los textos escritos tenían mayor libertad de utilización en situaciones imprevistas: dependiendo, siempre, de un mayor cuidado de la redacción de los textos. Los textos deben ser comprensibles por sí mimos y deben poner límites a los espacios de interpretación. Y, sobre todo, deben evitar las contradicciones y velar por la suficiente consistencia. Jan Assman llama a esto la "transición del dominio de la repetición al dominio de la representación; la tansición de la coherencia ritual a la coherencia textual".[435] Cuando, en épocas remotas, da inicio la cultura escrita, la escritura se emplea en asuntos del derecho: para aclarar y hacer reconocibles las posibles desviaciones -como ya lo hemos mencionado. Esto se conserva en todas las culturas que disponen de la dimensión escrita.

---

[433]Al respecto Jean Bottéro, Le “Code” Hammu-rabi, Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa 12, Y (1988), pp. 409-444; reimpresión en idem., Mésopotamie, op. cit. pp. 191-223. Bottéro interpreta el Códice Hammurabi como una autoglorificación del rey, como un tipo de testamento político que muestra cómo, por medio de decisiones jurídicas, se garantizaba el orden.

[434]Diferente a la situación de Roma, este estado de cosas parece haberse ya alcanzado a mediados del siglo IV antes de Cristo en Atenas -entonces altamente desarrollada en el comercio y orientada específicamente hacia él-, ya que los testigos sólo son un instituto de derecho que sirve para el ámbito local. Cf. Fritz Pringsheim, The Transition from Witnesses to Written Transactions in Athen, en: Gesammelte Abhandlungen, tomo. 2, Heidelberg 1961, pp. 401-409. Cf. también V. Harris, Ancient Literacy, Cambridge, Mass. 1989, sobre todo p. 68 y ss, y para la historia de la escrituración del derecho griego en general, Michael Gargarin, Early Greek Law, Berkeley Cal. 1986, p. 51 ss , 81 y ss, 121 y ss.

[435]Jan Assmann, Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen, Munich 1992, p. 17 y s, 87 y ss (cita p. 18).

Para tal fin bastaba la conservación de los documentos en plazos relativamente cortos cuya duración era la del contexto en que esos documentos seguían siendo actuales. Por eso, de inicio, la forma escrita no tenía el sentido de mantener a disposición un texto para un uso futuro e imprevisible; es decir, para una interpretación libre y activa.[436] Sólo más tarde la escritura asume una función de mayor alcance: hacer manifiesto el cambio jurídico (o confirmarlo). Y sólo entonces, porque es fácil de reconocer, la escritura se vuelve condición de validez del derecho. Sólo en este sentido es que se distingue entre lex scripta y leges non scriptae, sobre las que, por supuesto, existen anotaciones escritas, protocolos jurídicos, colecciones de dictámenes parciales.[437]

Antes de cualquier cultura del derecho -por ejemplo, los diez mandamientos- las leyes ya se conservan por "escrito" y, por eso mismo, de manera literal. Esto hizo necesarias medidas adicionales para excluir las dudas que, precisamente en las propuestas escritas, no podían evitarse -por el simple hecho de que dejan tiempo a la reflexión. Para resolver este problema, se inyecta a los textos una semántica adicional de carácter religioso, sobre todo en referencia a una fuente de relevancia inalcanzable (sólo por pertenecer al pasado, entonces ya no se puede alcanzar), con sus correspondientes mitos fundacionales. La semántica de trasfondo -necesaria en todas las prácticas de adivinación que buscan lo conocido dentro de lo desconocido- se sustituye por una nueva religión que mide la acción humana según si acepta (o rechaza) la voluntad de Dios. De manera diversa que las mundanas relaciones comerciales, para esta religión la escritura se vuelve un texto familiar que simboliza la no familiaridad de lo familiar, el misterio en lo que ya ha sido revelado, lo trascendente en lo inmanente.[438] En cambio, por ejemplo, la conservación

---

[436]Para la lentitud de este desarrollo suponiendo que ya está constituido el alfabeto, y para los problemas del archivar en Atenas, cf. Rosalind Thomas, Oral Tradition and Written Record in Classical Athens, Cambridge Ingl. 1989, p. 34ss, Harris, op.cit. (1989).

[437]Ya en Atenas esta diferenciación servía de *crítica* a la forma escrita del derecho (entre otras cosas en atención a las posibilidades de falsificación y los problemas de interpretación), de ahí que el derecho oral se econtrara rodeado del aura de un “valor superior” Véase John Walter Jones, The Law and the Legal Theory of the Greeks: An Introduction, Oxford 1956, pp. 26 y ss; Jacqueline de Romilly, La loi dans la pensée grec des origines à Aristote, París 1971, pp. 27ss. Una doctrina correspondiente se encuentra hoy todavía en el derecho judío. En el monte Sinaí, el derecho habría sido revelado tanto para la tradición escrita como para la oral. Yavé, quien según la forma de su esencia sería tiempo, es decir también futuro, desde el origen habría atribuido importancia a la elasticidad de la adaptación, es decir a lo interpretable, al tomar en cuenta una evolución no concluida y posiblemente controvertida. Véase George Horowitz, The Spirit of the Jewish Law (1953), reimp. Nueva York 1973; Eliezer Berkowitz, Not in Heaven: The Nature and Function of Halakha, Nueva York 1983; Geza Vermes, Scripture and Tradition in Judaism: Written and Oral Torah, en: Gerd Baumann (ed.), The Written Word: Literacy in Transition, Oxford 1986, pp. 79-95. En esto se supone que la ley de la doctrina y la tradición oral no excluyen registrar opiniones en forma de apuntes, glosas y comentarios. Para una nueva edición de esta diferenciación en la Common Law, véase finalmente el escrito póstumo de Sir. Matthew Hale, The History of the Common Law of England, 1713, cit. según la edición de Charles M. Gray, Chicago 1971, p. 16. La lex scripta se define como “Statues or Acts of Parliament, which in their original Formation are reduce into Writing, and are so preserv´d in their Original Form and in the Same Stile and Words wherein they were first made". Respecto a las leyes no escritas, por supuesto, puede existir también material escrito, pero no es determinante para la identidad y significación del sentido, sino sólo como una forma de tradición.

[438]Para este modo de presentación del sentido religioso, véase también a Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung der Religion, en idem, Gesellschaftsstruktur und Semantik, tom. 3, Francfort 1989, pp. 259-357. Por otra parte, de carácter completamente mundano, simbólaion (junto con el más usual syngraphé) en griego significa también algo así como contrato por escrito; y esto lo que significa es la unidad de algo separado o también la posibilidad de la demostración de la unidad.

por escrito de las "leyes políticas" de Solón, es un producto tardío del proceso evolutivo. Este esfuerzo de conservación presupone un procedimiento que lo legitima, pero plantea todos los problemas que resultan de un texto que selecciona sus palabras demasiado inequívocamente: no concibe con suficiencia lo que se reclama como derecho. Por esto, a partir de la experiencia con las leyes de Solón, se desarrolla la doctrina de las ágraphoi nómoi a las que se les atribuye un rango mayor.[439] Como consecuencia de todo esto se desarrolla una larga tradición de búsqueda de fundamentos para el derecho de "mayor rango" y "supralegales". De una tradición oral (como quiera que se valore) se puede hablar sólo después de que existe escritura; es decir, después de que se dispone de la diferencia escritura/oralidad.[440] Allí, cualquier insistencia enfática, cualquier canonización de la tradición oral, es una retrospectiva histórica de una sociedad que dispone de escritura (la tradición oral de la Tohra es, por ejemplo, una evocación del Talmud). Que el derecho adquiera validez como escritura (validez en el sentido explicado en el cap. 2, VII), frente a un uso anterior en las sociedades orales, debe haber sido una "catástrofe" -catástrofe en el sentido de adaptación a otro principio de estabilidad, acompañada de cambios profundos en el horizonte del sentido-; y entre otros muchos cambios: el novedoso recurso de la religión para descartar y admitir otra direccionalidad de la contingencia. Queda a la mano deducir que la utilización de la escritura corre en paralelo a la transformación del modo de diferenciación de la sociedad: de una diferenciación segmentaria a una estratificada y que, además, la escritura favorece ese proceso. Por ese camino se llega a una concentración inusitada de recursos materiales y simbólicos (retóricos) en las clases altas o, en estratificaciones menos marcadas, en la burocracia.[441] Sin embargo con esto, sólo se llega a una explicación relativamente superficial que, además, en las condiciones actuales, dice poco. Porque ya casi de por sí se entiende que las formas de comunicación guardan una relación muy estrecha con las correspondientes formas de diferenciación de la sociedad. La ubicación de las cuestiones del derecho en el contexto de la adivinación, la transición que va del campo a la formación de ciudades, la estratificación, la creación del imperio y la endogamia de estratos particulares, están lejos de ser razón suficiente que explique el proceso de diferenciación del sistema de derecho. Sistema que sólo surge con el derecho civil romano y después, de nuevo, con la sistematización del derecho en la Edad Media. Sólo cuando la escritura está disponible en formas fáciles de percibir (fonética, alfabeto),

---

[439]El caso tal vez más conocido de exigencia de un derecho no escrito de mayor rango, es el de Antígona. Sin embargo, esta exigencia se dirige precisamente en contra de la tiranía “moderna”. Explícitamente para el tema del uso del idioma antiguo de las leyes escritas que exige una interpretación, es decir, una diferenciación entre texto y sentido, véase a Lysias, Against Theomnestus I,6-7 cit. según la edición de Loeb Classical Library, Londres 1957, p. 106 y ss.. Todavía en Lysias, en la diferenciación entre leyes escritas/no escritas, se encuentra indicado (y aunque fuera sólo por razones retóricas) un sentido de trasfondo religioso, desde el momento en que enfatiza, en Against Androcines op.cit., p. 121, que la penitencia, por haber violado las leyes, debe pagarse también a los dioses. Por lo demás, queda sobreentendido que de “un derecho escrito” sólo se puede hablar en una cultura escrita.

[440]Al respecto Niklas Luhmann, The Form of Writing, Stanford Literature Review 9 (1992), pp. 25-42.

[441]Peter Goodrich, Reading the Law, Oxford 1986, deduce de ahí una relación r*estringente* entre derecho, escritura y el uso político, simbólicamente-represivo, del poder. Con la tendencia naturalmente a mistificar, después, el concepto de poder mismo.

entonces es que ya está creado el medio por el que los textos legales pueden diferenciarse de otros tipos de textos. Únicamente entonces el derecho se vuelve autónomo en el sentido de que no sólo utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de textos que se deslindan de otros. En vistas de esta situación histórica tardía, se debe analizar de manera más exacta lo que se ha logrado con la escrituración del derecho.

Cuando una magnitud de sentido se conserva por escrito queda a merced de un proceso de lectura destinado a la repetición: a merced de la condensación y la expansión de su sentido. "The original sign plus its reading constitues an expanded structure. The expanded structure is compose of the sign and some form of response to it. This is the heart of cultural evolution".[442] Gracias a esa expansión los mecanismos de la evolución pueden irrumpir y seleccionar. Por cierto, sobre el contexto condicional de la interpretación de los textos (hermenéutica) en referencia a la evolución (Darwin), casi no existen investigaciones.[443] Aunque es casi obvio ver, en la circularidad del desarrollo hermenéutico del sentido y en la autopoiesis de los sistemas, la posibilidad de reaccionar con rapidez (incluso abruptamente), a los cambios que se manifiestan en el entorno.

En todo caso, con la escritura se incrementan (como también se restringen y se concentran) las vías de acceso al derecho -y desde entonces la pregunta es: ¿para quién? El derecho se clausura mediante la forma escrita y se diferencia como forma. Ahora ya es fácil distinguir que es lo que como derecho tiene validez -lo que no quiere decir que sea fácil de comprobar. El derecho ya no está disponible para fundamentar las expectativas normantes que pueden encontrar apoyo social. El derecho ya no se puede conocer simplemente por el número de "jurantes" que los partidarios pongán a disposición. "The code encodes the law, it secludes it in a new form and guards it with a new class of interpreters".[444] Por otro lado, la función de la escritura consiste precisamente en que deja adivinar que los signos de la escritura no son el derecho mismo, sino que únicamente lo expresan. Así como la evolución del lenguaje, así también la evolución de la escritura produce una diferencia. La escritura depende de que funcione el proceso de diferenciación; depende de que se evite la confusión entre signo y sentido, y de que en las relaciones sociales se pueda calcular que los demás son capaces de manejar esta distinción. Es demasiado fácil copiar la escritura y destruirla, como para que se le confiera relevancia a los signos. Entonces ¿por qué la escritura? ¿Para qué la duplicación mediante signos, del lenguaje hablado? O con más exactitud: ¿En dónde radica el "valor específicamente propio" de esta diferencia que se estabiliza en la comunicación escrita y verbal?

Vale la pena preguntarse, primero: ¿A qué necesidad responde la escritura? Entonces veremos que además del interés por adelantarse a los recuerdos, fueron los

---

[442]Así Dean MacCannell, The Time of the Sign: A Semiotic Interpretation of Modern Culture, Bloomington Ind. 1982, pp.26-27. Poco después, los autores lo llaman el “self-reading" of culture.

[443]Véase de todos modos las sugerencias en L.L., Evolution et herméneutique: vers une écosystémique de la cognition, Revue internationale de systémique 6 (1992), pp. 185-203.

[444]Goodrich op. cit (1986), p.27.

problemas *de tipo normativo* los que desataron la necesidad de la escritura. La escritura está relacionada con la *anticipación de las decepciones*, -que en suma es la razón de que la expectativa se comunique en un estilo normativo. Con esto surge una diferencia temporal aguda que hay que conciliar. Una información que asegura que cierta expectativa corresponde al derecho (o que no), debe estar, como información, disponible una y otra vez: en el momento de la proyección y siempre que se vuelva aguda la acción que se siente decepcionada. Estos rendimientos deben quedan registrados, aunque sea en el lenguaje de nudos (quipos) de los Incas, para que después no surja ninguna duda de que la expectativa ya había sido elaborada. De esta manera, las leyes sirven para que se puedan utilizar como información -mientras que en el caso normal, la información pierde su valor informativo entre más se comunica. Con otras palabras: la estabilidad precaria y contrafáctica de la que se cree capaz la expectativa normativa se equilibra mediante la forma escrita. Como no se puede saber si las expectativas se cumplirán y porque no se quiere ceder, aprendiendo, en el caso de que las expectativas no se cumplan, resulta siempre ventajoso renovar la información sobre aquello que es válido.

Por lo tanto, sería una percepción muy limitada creer que la estabilidad de las expectativas radica en los signos lingüísticos. En el sistema autopoiético de comunicación de la sociedad, dinámicamente establecido, no existe ningún interés por la estabilidad del sentido en sí. El problema radica en que la misma información debe prever el renovado interés, y no simplemente creer que lo duradero es mejor que lo que pasa. La proyección de la norma es la que, en primer lugar, vuelve aguda la necesidad de acoplamiento entre el ahora y el después; el uso de la escritura en el plano de las expectativas normativas se da muy posteriormente (en el sentido de aletheia: sustraerse al olvido), y presupone ya una alta adaptación de los signos lingüísticos a la diversidad del lenguaje hablado -por ejemplo en las escrituras fonéticas.

Con todo esto, no se quiere decir que la escritura garantice al derecho la seguridad pretendida. De haber sido así el derecho no hubiera evolucionado. La inseguridad de que las expectativas no se reconocerán como válidas aun en el caso de que alguien no las haya cumplido, no queda eliminada. La escritura sólo viene a sustituir una diferencia: signo/sentido. Una vez que el texto escrito queda incrustado en el ensamblaje de la comunicación de sentido, esto es: que puede ser leído, citado...; no queda más que abrirse a las remisiones de sentido. Esto en un doble procedimiento de reducción y aumento de complejidad. En el "medio" del sentido se duplica la diferencia entre medio y forma. Nuevas distinciones aparecerán en las que el texto ocupará un lado y hará accesible el otro: texto/interpretación; texto/contexto; sentido literal/sentido implícito (gemeintem Sinn). Estas distinciones que se entrecruzan fuertemente son las que exponen al derecho (fijo en la escritura) a la evolución -sobre todo cuando existe un cuerpo conceptual tradicional que se ha transmitido intacto.

El texto sujetado por la escritura es motivo de continua reobservación mediante nuevas distinciones. Estas distinciones delimitan la tarea de la interpretación. Y es así como se hace justicia a la validez del derecho. Por ejemplo la validez no puede modificar, interpretando, un sentido que ha sido fijado unívocamente: un plazo determinado. Por otro lado, la cuestión de si ese sentido ha sido unívocamente fijado, es en sí misma una cuestión de interpretación.[445] Por consiguiente, la interpretación es soberana en cuanto su autodelimitación; es responsable de la totalidad del derecho y no sólo de aquellas partes fijas que son poco claras.

Por consiguiente: todo derecho asegurado mediante la escritura, es una derecho que puede ser interpretado. En cuanto esto se reconoce se exige de los textos mismos que autoricen su interpretación: quién y cómo deberá hacerlo. Por medio de esta selección entre el "quién" y el "cómo", es como el derecho (aun en textos que quedan sujetos) se adapta a los cambios evolutivos de la sociedad -incluso cuando se dispone de legislación escrita que prescribe cambiar los textos.[446] Cada texto que se considera actual se expone a la interpretación: es texto sólo en el contexto de interpretación. Allí, el texto se transforma en medio, es decir, en la totalidad de las interpretaciones a él referidas. En este medio se condensarán nuevas formas, ya sea como controversias fascinantes que monopolizan la atención (la controversia del "original intent" de la interpretación constitucional en los Estados Unidos); ya sea como teorías descubiertas a través de la interpretación -y que se dan por aceptadas en la "opinión general".

Sólo hasta la sociedad moderna en la que la legislación comienza a dominar la evolución del derecho -con repercusiones difíciles de estimar-, toda la evolución del derecho (y sobre todo la evolución tan especial del derecho civil romano durante dos mil años), ha sido posible por la diferencia entre texto e interpretación. Esto es lo que ha determinado los resultados de la forma: derecho.

III

Así como los sistemas autopoiéticos, también las condiciones de la evolución son producto de la evolución. Esto es valido para la diferencia entre texto e interpretación que acabamos de tratar. Pero también la amplitud de las influencias sobre los elementos (variación), la propagación de influjos en las estructuras (selección) y la adaptación de la autopoiesis en el contexto de la reproducción de los sistemas complejos (reestabilización), son un producto de la evolución social. El umbral de la autonomía de la evolución del derecho está situado en la clausura operativa del sistema jurídico. Esta historicidad de la

---

[445]Cf. al respecto Karl Clauss, Die Sens-clair-Doktrine als Grenze und Werkzeug, en: Hubert Hubien (ed.), Le raisonnement juridique: Actes du Congrês Mondiale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale, Bruxelles, 30.8-3.9.1971, Brujas 1971, p. 251-255.

[446]El problema, como es natural, culmina ahí donde la legislación no llega (o que sólo difícilmente llega): en la interpretación de las *codificaciones*, y hoy día crecientemente, en la interpretación de las *constituciones*.

historia no hay que perderla de vista cuando presentemos los distintos mecanismos de la evolución.

La variación, que es decisiva para la evolución del derecho, tiene que ver con expectativas normativas inesperadas. Por cierto, esto sucede siempre a posteriori: en ocasión de un comportamiento que visto hacia atrás manifiesta que su expectativa se ha malogrado. El caso es el que le confiere notoriedad a la norma -ya que antes del caso la norma no existe como estructura de comunicación social: [447] ex facto ius oritur. Esta notoriedad resalta tan pronto como existe la expectativa normativa -por tanto, en todas aquellas sociedades que se pueden ver en retrospectiva histórica. Una variación de este tipo ni siquiera depende de que la sociedad distinga entre reglas y acciones. Basta con que la calidad del comportamiento se reconozca como razón para el rechazo, y que esto se puede expresar con éxito. La conformación y la transformación de la estructura son casi inseparables, en el caso de que se lleguen a detectar repercusiones en la estructura. En las sociedades arcaicas el problema se resuelve construyendo una historia que se recorta a la medida del problema. En ellas, variación y selección no se pueden distinguir, y lo que se impone como expectativa depende de múltiples condiciones situativas y socioestructurales. También en la actualidad, cuando queda excluido el derecho vigente como principio de orientación, se encuentra presente la tendencia a crear ambivalencias a través de acusaciones y contraacusaciones. Se acaba incluyendo otros hechos y otras disposiciones causales; es decir, se acaba poniendo todos los obstáculos para que el otro no tenga la razón.[448] Esto tiene que ver con que las acusaciones (que son el otro lado de la forma), son simultáneamente autojustificaciones -y al revés. Este mecanismo elemental socava el código (conforme a derecho/no conforme a derecho) que, en apariencia, es estable, y produce la ambivalencia en la pregunta sobre qué norma es la que viene al caso. En esta tendencia a hacer caer la norma en la "ambivalencia", debe haber estado el punto de partida para una evolución que intentara aclarar esto -y todo lo que de allí resulta.

En condiciones muy simples, es difícil distinguir si aquel que perturba el orden -sea por los motivos que sean- lo hace así por nomás, o porque cree estar en su derecho. Intentará, en caso que lo atrapen, defenderse: de este modo participa en la restitución o modificación de un orden esperable.[449]

---

[447]Utilizaremos estas reflexiones cuando se trate de la evolución de los “derechos humanos” en la actual sociedad mundial. Véase cap. 12, V.

[448]Véase al respecto (con un panorama general sobre las investigaciones correspondientes) a Heinz Messmer, Unrecht und Rechtfertigung, tesis de doctorado, Bielefeld 1993. La investigación trata de los intentos de evitar, mediante la llamada compensación entre criminal y víctima, los juicios penales en contra de los jóvenes.

[449]En la literatura sociológica, estados de cosas similares en caso de actos criminales, se han tratado bajo la palabra clave “neutralización”.. El culpable reconoce, por cierto, la diferencia entre lo que es conforme a derecho y lo que no, y se sujeta de este modo al ordenamiento jurídico.; sin embargo, busca argumentos (la complicidad de la otra parte, presentación diferente de la causalidad etc.) que en su caso “neutralicen” esta diferencia. Véase sobre todo Gresham M. Sykes/David Matza, Techniques of Neutralization, American Sociological review 22 (195), pp. 664-670; David Matza, Delinquency and Drift, Nueva York 1964 (por ejemplo, p. 184 sobre “moral holiday”). La razón para esta forma de presentación es que el inculpado, al asumir papeles diferentes, siempre actúa también conforme a la norma y depende, sobre todo, de que otros lo hagan igualmente.

Sin embargo, por falta de una estructura del derecho plenamente diferenciada y fija en textos escritos, difícilmente se pueden distinguir los conflictos jurídicos de los simples desengaños; con la consecuencia de que el que aparece como perturbador no tiene ningún derecho. Las instituciones sociales (sobre todo las que se consideran naturales de tipo familiar o religioso) tienen un contexto multifuncional que vuelve difícil la creación de reglas. Las situaciones de estas instituciones son tan diversas, que no es posible establecer un hilo conductor parar la comparación.[450] Por lo pronto, esto no tiene nada que ver con las reglas deficientes de procedimiento y con la tendencia de los procesos de llegar a una conciliación oportunista del litigio. Por el contrario, los conflictos son consecuencia de la inclusión multifuncional de todos los puntos de vista que los sostienen. De ahí resulta la impresión, para el observador moderno, de que en estas sociedades no existe el derecho o sólo existe el derecho represivo, el derecho penal.[451] Por eso, la utilización de la escritura no comienza, como quien dice, por "arriba, con la fijación de reglas o leyes importantes, sino por "abajo": reteniendo los acontecimientos capaces de comprobación como serían las promesas o su cumplimiento. Tanto más impresionante es entonces el desarrollo prematuro de un derecho de tráfico en el Asia antigua que rompe con todos esos límites, y luego -en apariencia, totalmente independiente de esto- el desarrollo del derecho civil romano.

La evolución del derecho se sostiene sobre la distinción (difícil de que se efectúe) entre casos de decepción contenciosos y casos de decepción no contenciosos. Sólo cuando los conflictos se verbalizan, sólo cuando los perturbadores se defienden y buscan el reconocimiento de las situaciones excepcionales, sólo cuando alegan sus propios derechos, es cuando puede darse una observación de segundo orden: sólo entonces se puede decidir quién tiene razón o quién no la tiene. Únicamente situaciones semejantes son las que llevan paulatinamente a la culminación del planteamiento de los problemas o al desarrollo del esquema regla/excepción. En las sociedades arcaicas surgen, para eso, procedimientos de negociación y, de este modo, la necesidad de tomar una decisión, aun cuando todavía

---

[450]Comprendido de manera muy exacta por parte de Sally Falk Moore, Descent and legal Psotion, en: Laura Nader (ed.), Law in Culture and Society, Chicago 1969, pp. 374-400 (376): ¨...the more multiplex the social relations, the more contingencies there are that may affect any particular act or transaction. This multiplicity no only makes it difficult to state norms precisely, but sometimes it may even make it impossible, since the assortment of contingencies can vary so much from one case to another". Por cierto, también en estas sociedades existen reglas de una cualidad cuasi jurídica, es decir, aquellas que conciernen a la pertenencia de las personas a los sistemas parciales de la sociedad (inclusión). Pero estas reglas se vuelven entonces evidentes como cualidades innatas o adquiridas de la persona y, por su parte, no tienen consecuencias jurídicas inmediatas.

[451]La investigación sobre el derecho en las sociedades primitivas se dejó guiar principalmente por la pregunta de si se puede hablar de derecho cuando no existen reglas fijas, e incluso cuando muchas veces ni siquiera existe la posiblidad de distinguir entre cualidades de la acción y reglas. Partiendo de ahí, algunos etnólogos se acercaron a la pregunta de cómo se tratan los conflictos y de cómo, en disputas conflictivas, éstos se concilian -apelando (o sin apelar) a reglas que, en algunos casos, resultarían adecuadas para el caso. Cf. p.ej. Max Gluckmann, The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rodhesia, Manchester 1955; Paul J. Bohannan, Justice and Judgement Among the Tiv, Londres 1957; Lloyd Fallers, Law Without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga, Chicago 1969; Philip Gulliver, Structural Dichotomy and Jural Processes Among the Aruscha of Northern Tanganyika, África 31 (1961), pp. 19-35: idem., Dispute Settlements Without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania, en: Laura Nader (ed.) op. cit., pp. 24-68; Leopold Pospisil, Kapauku Papuans and Their Law (1958), reimpr. o.O. 1964. Para condiciones todavía más primitivas, véase también Ronald M. Berndt, Excess and Restraint: Social Control Among a New Guinean Mountain People, Chicago 1962.

no existe ninguna autoridad "política" que vincule colectivamente, o que efectúe argumentaciones recursivas, orientándose por textos escritos.

En una versión más abstracta, sobre esta situación de inicio se puede hacer una presentación en la que las conquistas evolutivas del lenguaje y del derecho no sólo aparecen adaptando la sociedad a su entorno de manera estructural -como si se tratara de organismos vivientes-, sino que además hacen posible que la sociedad se adapte *con adaptaciones de paso, a situaciones de paso.* Los conflictos que se producen de modo abrupto, deben resolverse caso por caso, o por lo menos desactivarse. Esto no requiere de reglas de decisión rígidamente conservadas y que en cada caso hayan sido transmitidas, ni mucho menos de normas con un gran sentido de adaptación al entorno. Sólo una mayor densidad de los problemas lleva a la necesidad de orientaciones más estables. Éstas se pueden dar de muchas múltiples maneras: en forma de una ciencia de la adivinación; o en forma de principios normativos. En ambos casos, el contexto que se ha explicado anteriormente resulta de la evolución de la escritura. Las conquistas evolutivas que dan buenos resultados deben ser capaces de proveer a los problemas pasajeros de modelos de solución trasladables (= redundantes), esto es, dotar de la combinación entre variabilidad y estabilidad.

Por consiguiente, la condición previa de cualquier desarrollo ulterior es el proceso de diferenciación de los sistemas de interacción, en los que se puedan negociar las soluciones de los conflictos normativos.[452] Entonces se vuelve posible una comunicación que, de pronto, persiga simplemente fines de conciliación (como las negociaciones que llevan a la rescisión de un contrato)[453] y que, en condiciones diferentes, persiga también el fin de constatar quién tiene razón y quién no. Se trata, entonces, de algo más que calmar la ira de Aquiles: de procedimientos que deben dar lugar a una decisión respecto a quién asiste el derecho (y a quién no). En esta tarea el sentido se constituye consolidando aspectos invariables de una situación, que volverán a ser reutilizados de nuevo -invariabilidad que con motivo de las variaciones pueda confirmar el derecho. Las expectativas son importantes precisamente porque muestran capacidad de persistencia. Sólo en el caso de las desviaciones las expectativas se vuelven normas: sólo en el caso de la variación surge el interés por aquellos aspectos de la selección que se pueden reutilizar.

Para esto no hay ningún correlato "natural" en la cabeza de los hombres, como se suponía en el antiguo derecho natural. Ninguna sociedad puede basar el derecho en el consenso -si por consenso se entiende que todos aprueban, en cualquier momento, cada una de las normas. Una fijación tal de los estados de conciencia no es posible y, en caso de

---

[452] De aquí en adelante dejamos de lado la práxis de la adivinación que, por lo pronto, es sin duda un equivalente funcional. Sin embargo, recordamos que hay que tener en cuenta que las sociedades (como China) que cuidan esta orientación y sustentan su escritura en la misma, correspondientemente tuvieron menos motivos para desarrollar una cultura elaborada de derecho.

[453]Esto muestran investigaciones exhaustivas sobre las sociedades tribales que aún hoy existen (véanse las referencias en la nota de pie de página 49) . Estas investigaciones, sin embargo, ya no encuentran estados originales, sino se topan con sociedades que (sobre todo en África) viven bajo la influencia de civilizaciones muy desarrolladas y, por último, bajo la influencia de regímenes colonialistas, por lo tanto, que son ya parte de la sociedad mundial.

que se lograra, no podría detectarse. Por consiguiente, el consenso no puede ser condición de validez del derecho y, por lo demás, excluiría cualquier evolución. La evolución depende de cómo se resuelve el problema de la concertación social, sin que necesariamente intervenga el consenso. Y es hacia eso precisamente que tiende la evolución de las normas de competencia y los procedimientos que las delimitan. Anteriormente se operaba con el consenso y con la ignorancia -exitosa- del disenso. Los procedimientos, adicionalmente, hacen posible que sea suficiente que algunos (jueces, legisladores) consideren obligatorio para todos la validez de las normas, con tal de que así lo decidan. En comparación con los puros supuestos del consenso, este principio de "unos cuantos en lugar de todos" hace posible una mayor especificación de las normas y una sensibilidad elaborada para los problemas jurídicos y para las insuficiencias de una situación normativa existente. De este modo, los supuestos del consenso no es que se vuelvan inútiles, sino que se someten a la pregunta de quién los formula y a qué se refieren: se vuelven cuestionables.

Obviamente, los procedimientos y el principio de "unos cuantos por todos" no surgen sin condicionamientos previos. Estos procedimientos presuponen sociedades de rango con roles sobresalientes, si no es que sociedades estratificadas con familias prominentes y cuyas posibilidades de cambio en la ocupación de los roles se da dentro de esa misma clase social dominante (nobleza, patriciado urbano). En el transcurso ulterior de la evolución se agregan a estos condicionamientos la escritura y el dominio que alguien tenga sobre ella. Sólo indirectamente, a través de las estructuras clericales de la Edad Media, el rol de los juristas se vuelve cada vez más independiente del abolengo; es decir, se vuelve accesible para el ascenso individual. Y sólo bajo los auspicios de la diferenciación por funciones de la sociedad, el principio de "unos en lugar de todos" es sustituido por el principio neutro de: sistema del derecho de la sociedad.

Pero nos estamos adelantando. Primero, la evolución lleva del procedimiento -en el sentido de episodios procedimentalmente diferenciados y orientados a la obtención de decisiones en el sistema del derecho -, a una claridad mayor de los dispositivos de selección. De este modo se separan las funciones evolutivas de: variación/selección. La variación asume la mutación del derecho (frecuentemente sin éxito y, a veces sin embargo, con capacidad de confirmación). Sin ella no hay transformaciones evolutivas. La selección asume la función de determinar qué concepto es el que corresponde al derecho.

La ruptura decisiva con las antiguas formaciones sociales se efectúa en el momento en que la selección de las decisiones (del procedimiento que se ha diferenciado como derecho) ya no argumentan únicamente *ad hoc* ni tampoco *ad hominem*. Argumentos similares, que fueron adecuados para solucionar conflictos y para adaptarse de paso a situaciones de paso, se inhiben y aun llegan a prohibirse, porque se perciben (y rechazan) como inconvenientes para el derecho. Con ello, ya no procede tampoco la institución de confirmación de las pretensiones legales por medio del juramento y de los conjurantes. Ahora se renuncia -y esto hay que apreciarlo con toda justeza- a la elasticidad que ofrecía

ese adaptarse de paso a situaciones de paso. Por consiguiente, de pronto resulta muy improbable que se hubieran reprimido los argumentos ad hoc y ad hominem, pero precisamente por eso aquí es donde se encuentra el umbral decisivo de la evolución. En su lugar entra la formulación (y acto seguido el recuerdo de la formulación) de conceptos y reglas específicamente jurídicos. Apoyarse en las leyes antiguas (la reforma de Solón, las leyes populares de Roma) puede ser útil, sin embargo, en la empresa del derecho esta referencia resultará, muy pronto, más o menos ilusoria. Lo decisivo no es cómo se llega a la legitimación, sino el hecho de (no importa cómo) llegar a congelar los argumentos ad hoc y ad hominem. De este modo fue que se llegó a contrarrestar la influencia extrajurídica (demasiado directa), de las estructuras sociales en el derecho: Estado dependiente de la estratificación, relaciones de parentesco, de amistad, clientelismo. Más que en cualquier otra parte, es aquí donde se reconoce el proceso de diferenciación del sistema del derecho: en la forma admitida de argumentación y en las restricciones formalistas y tradicionales. La especificación del modo, i.e., la manera en la que el derecho se refiere argumentativamene a los materiales jurídicos, es lo que constituye el verdadero portador de la evolución del sistema. Se instaura así una cultura de derecho independiente, aun en contra de la moral y del "common sense" y aun en contra del sentido cotidiano de las palabras.[454]

Podemos resumir: si ya no se debe argumentar ad hoc y ad hominem, surge una argumentación diferente que satisface la necesidad de fundamento desde que enlaza con las reservas de las normas identificables y con el desarrollo de los conceptos y las reglas de decisión -que se consideren también válidas para otros casos. Sólo cuando esta praxis se ha puesto a prueba, en el sistema de derecho se aceptará un concepto de justicia que exige que los casos iguales se traten como iguales y los desiguales como desiguales. Se dejará a discreción del derecho determinar qué reglas habrán de decidir lo que ha de considerarse como igual o como desigual.[455] El resultado, visto a largo plazo, es la separación de una reserva de términos y máximas, de principios y reglas de decisión que, al ser manejados de manera formal (y en parte crítica), llegaron a constituir los materiales que le posibilitaron al juez rechazar los argumentos ad hoc y ad hominem.[456]

---

[454]Para este procedimiento de diferenciación existen relativamente pocas investigaciones históricas, y precisamente la adopción del modo de ver de las ciencias sociales más bien motivó a la dirección opuesta, es decir, a enfatizar los nexos y no las diferencias. Sin embargo, para el derecho romano véase Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fidei iudicia, Nápoles 1964, idem. Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani: Interpretatio iuris, Bari 1972; y para el derecho consuetudinario Oliver W. Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1987), pp. 457-478.

[455]Que la ética *nunca* ha podido resolver *este* problema, confirma indirectamente nuestro argumento del proceso de diferenciación. La decisión entre lo que es igual y lo que es desigual exige una orientación llevada de la mano por distinciones que ya dieron resultados en el proceso de diferenciación del sistema de derecho. Una argumentación puramente ética y, hasta cierto punto, de moral agreste, terminaría en la arbitrariedad y la arbitrariedad en injusticia. Naturalmente esto es cuestionable. Véase sólo: David Lyons, Justification and Judicial Responsibility, California Law Review 72(1984), pp. 178-199; idem., Derivability, Defensibility, and the Justification of Judicial Decisions, The Monist 68 (1985), pp. 325-346, y además Neil MacCormick, Why Cases Have Rationes y What These Are, en: Laurence Goldstein (ed.), Precedent in Law, Oxford 1987, pp. 155-182(166 y ss).

[456]No hay que negar que en esto habrá excepciones. Parte de las primeras experiencias que hizo el autor de este libro como pasante de derecho, fue atender el deseo del juez municipal, de integrar en el borrador de un juicio penal - se trataba de un

Sólo en un caso, el del derecho civil romano, se llegó, sobre esta base, a las abstracciones que situaron al derecho en su conceptuación autorreferencial y que lo hicieron independiente de los hechos concretos: de este modo se hizo posible una evolución propia del derecho.[457] Como consecuencia se llega a un desarrollo que sería en vano buscar en las culturas de derecho del Cercano Oriente e incluso en Atenas: la diferenciación de los roles especiales de los legisperitos, los juristas. Estos aparecen, primero, en la nobleza romana, i.e., sin la condición previa de que se consideraran cargos específicos y que tuvieran ingresos referidos a los roles.[458] Una pofesionalización plena, incluso económica y equipada con el monopolio de los cargos, se encuentra sólo mucho más tarde, especialmente en el ámbito del derecho canónico de la Edad Media, en la Common Law y en los incipientes Estados territoriales modernos.

El impulso para un desarrollo distinto -que es punto de partida de una evolución propia del derecho-, debe haber radicado en la diversidad de la praxis romana: el funcionario competente daba instrucciones diversas que servían como premisas de decisión a los jueces que él mismo nombraba. Este material instructivo se coleccionaba en forma de edictos y por eso se podían redactar de nuevo y refinar según fuera necesario. Esta complejidad que creció paulatinamente, hizo necesaria una especialidad a la que acudían los involucrados (que evidentemente no eran juristas en el sentido actual). De aquí, que la jurisprudencia no fue otra cosa que el reconocimiento de lo que acontecía con el intento de llegar a clasificarlo y, más tarde, con ayuda de formulaciones epigramaticales (regulae) poder tener, sobre ello una visión abarcadora. No se tendría que suponer que en el ámbito de las abstracciones útiles existiera un orden comprensible por sí mismo; aunque en la Edad Media ya se había comenzado a leer todo este material, conservando una cierta distancia con respecto a praxis jurídica, para someterlo como tal a pruebas de consistencia siempre nuevas. La idea de validez *qua* sistema fue ajena al derecho civil romano. De cualquier manera, el material conceptual, junto con la tendencia a condensarlo en proverbios se había desarrollado tanto, que en la Edad Media se pudo volver a reanudar. Desde entonces la dogmática jurídica se ha vuelto *un factor estable que empieza a tener repercusiones sobre la evolución del derecho.*[459]

---

accidente de tráfico- que el culpable había sido condecorado durante la guerra con una cruz de hierro de primer grado. El borrador de la argumentación del juicio se corrigió diciendo que los portadores de altas condecoraciones de guerra, probablemente sobreestiman su capacidad de conducir y manejan sin precaución y hasta agresivamente. Esto tampoco dejó contento al juez. La condecoración de guerra debió haber sido mencionada tan sólo como característica de la persona y sin consecuencia jurídica (controlable).

[457]Cf. al respecto Joseph C. Smith, The Theoretical Constructs of Western Contractual Law, en: F.S.C. Northrop / Helen H. Livingston (ed.), Cross-Cultural Understanding: Epistemology in Anthropology, Nueva York 1964, pp. 254-283.

[458]Cf. Wolfgang Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2a. ed. Graz 1967; Mario Bretone, Storia del diritto romano, Roma 1987, p. 153 y ss. Respecto al precedente trato retórico-político de cuestiones de derecho en Atenas, cf. J. Walter Jones, The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction, Oxford 1956, p.128 y ss; Hans Julius Wolff, Rechtsexperten in der griechischen Antike, Homenaje dedicado a la celebración 45. De los Juristas Alemanes, Karlsruhe 1964, pp. 1-22.

[459]Con un argumento similar, Harold J. Berman, Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition, trad. alem., Francfort 1991, sitúa el corte decisivo tan sólo en los siglos XI/XII, a raíz de la coincidencia entre desarrollos sociales y

El impulso del derecho civil romano en dirección de desarrollos más complejos del derecho -mediante afinaciones mutuas entre conceptos y casos- se encuentra (y seguramente no por casualidad) en aquellos conceptos jurídicos que luego formarán parte del acoplamiento estructural entre el sistema del derecho y la economía: propiedad y contrato.[460] Un concepto específico de propiedad no fue necesario mientras todas las necesidades básicas de la vida se podían incluir en el concepto de "familia": mujer, niños, esclavos, animales, tierra.[461] Por mucho tiempo fue suficiente concebir la propiedad como posesión, como dominio sobre los propio, y protegerla contra las intervenciones; es decir, hallar y castigar al autor del crimen y obligarle a la devolución o a la reparación. Sólo más tarde, se llega a una diferenciación decisiva entre propiedad y posesión: una construcción puramente jurídica de lo que está detrás de las relaciones visibles y que ameritan protección. Sólo ahora, una vez que se protege la simple posesión fáctica, ya el derecho no es la expresión del empleo de la fuerza, sino que ésta se debe hacer valer únicamente por la vía legal. Sólo de esta manera los títulos legales se vuelven independientes de la fuerza y poder combativo del titular del derecho.[462] Sólo esto lleva a una separación clara entre derecho civil y penal y se hace posible que la propiedad se mantenga disponible como punto de referencia de las relaciones contractuales y, sobre todo, para el crédito. Entonces se puede emprender un juicio para determinar quién es el propietario, independientemente de la posesión de la cosa.

No se es propietario únicamente con relación a un perturbador, sino con relación a cualquier persona; con relación a cualquiera que participe en el sistema del derecho y que está obligado a respetar la propiedad -ya que tiene posibilidad eventual del adquirirla, o de hacerse de otros derechos contractuales como el derecho de uso. Por consiguiente la universalidad de la propiedad, y en ese sentido su relación con el sistema jurídico, no está en la discrecionalidad del trato (maltrato) de las cosas propias. Esto fue lo que garantizó la manus en calidad de dominio sobre la cosa (o lo que se consideraba de facto). La universalidad radica más bien en la relación con el sistema: en el hecho de que cada uno

---

organizativos y el redescubrimiento de los textos romanos. Aquí tampoco el motivo radicó en la creación del sistema de derecho, sino en la resistencia de la iglesia en contra de una posible teocracia del imperio y en contra del despotismo político-religioso.

[460]Al respecto con más aproximaciones, capítulo 10.III.

[461]Originalmente la propiedad no era particular, sino propiedad por descendencia. Sólo las cosas movibles, las que se podían aferrar con las manos, eran las res mancipi. Esto, sin embargo, cambia con las repercusiones que trajo la formación de las ciudades. Allí hace falta un concepto de propiedad más perdurable y por lo mismo una distinción entre derecho de cosas y derecho de personas. Se distingue, por ejemplo, entre res mancipi (y por consiguiente mancipatio, emancipatio) y res nec mancipi (por ejemplo, ganado menor, pecus, pecunia). Las distinciones tienen una relación estrecha con la conservación de un orden social todavía segmentario; es decir, una relación con lo que se considera importante (o no tan importante). Esto vale también para la falta de acceso a la adquisición de propiedad de los extranjeros sin ius commercium. La jurisprudencia republicana tardía, altamente desarrollada, ve todavía el derecho romano en primer lugar desde el hogar, desde la “familia”. Véase para Quintus Mutius Scaevola: Aldo Schiavone, Nascita della Giurisprudenza: Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana, Bari 1976, p. 116 y s.

[462]Véase al respecto a Robert C. Palmer, The Origins of Property in England, Law and History Review 3 (1985), pp. 1-50 para el periódo 1153-1215. La propiedad en el sentido moderno, se describe aquí claramente como resultado de un desarrollo evolutivo, como “part of the law developed by accident; by acts that had unintented consequences" (p.47). El motivo era solucionar primero los conflictos políticos entre vasallos y entre señores y vasallos, que se presentaban en el contexto feudal.

tiene que respetar al propietario como propietario -a no ser que el derecho mismo prevea restricciones. La universalidad consiste, pues, en que con relación a esta propiedad todos los demás no son propietarios.

Pero también desacoplamientos similares evolucionan en el campo del derecho contractual. Aquí lo que no es evidente es que el contrato es considerado finalmente como componente constitutivo de la obligación, y no como una simple transacción de mano a mano. El contrato se hace sinalagmático (bilateral) y se podría decir: se vuelve un principio de regularización de las partes contratantes y, sobre todo, un principio regulador en caso de que haya perturbación en el servicio. La transacción misma ya no interesa o, en dado caso, sólo interesa como condición jurídica para la realización de determinados tipos de contratos: contratos reales. El contrato mismo sustituye el intercambio y reglamenta su propia realización.

Difícilmente se dudará que en términos generales esto funciona en la actualidad y que es más fácil poder recurrir a las leyes actuales vigentes, que ir a las reglas de decisión que se habían desarrollado (y que eran susceptibles de enmienda) en la praxis del derecho. Sin embargo, esta sensación de naturalidad adormece la atención para fijarse en modos de argumentación que, de nuevo, se acercan peligrosamente a los argumentos ad hoc y ad hominem: por ejemplo "la ponderación de intereses" -el caballo de Troya de toda dogmática jurídica.

No se trata, ni en la variación ni en la selección, de un proceso innovativo inducido desde el exterior. La evolución no es un proceso de planificación. Se puede llegar al litigio por motivos muy distintos, y muchas veces (si no es que la mayoría) en razón de situaciones no aclaradas. El sistema del derecho no tiene ningún control sobre los motivos que llevan a la disputa y que hacen necesarias las decisiones. Los procedimientos legales no sirven a la transformación del derecho, sino sólo a su puntualización: They declare the Law, como se dice en la Common Law. Incluso cuando se da con reglas de decisión que el tribunal encuentra novedosas y cuando se llega a ser consciente de que la praxis del derecho no es satisfactoria porque las condiciones han cambiado, lo único que acontece en el derecho son cambios puntuales pero no una planificación o un control del sistema como sistema. Según esto, la transformación paulatina del derecho no es consecuencia de actividades orientadas por fines; más bien es resultado de la diferencia entre variación y selección que se reproduce incesantemente: es un residuo de la entrada en vigor de la diferencia. Por eso, por de pronto, no hay necesidad de integrar el carácter trasnformante del derecho en su autorreferencia. No es necesario reflexionar sobre ello: se da de por sí.

En virtud de esto, la decisión definitiva no se obtiene decidiendo entre el derecho antiguo y el nuevo: el mito de Antígona estiliza una situación que es excepcional. La idea de que el derecho moderno podría ser mejor que el antiguo es una reflexión muy tardía de una praxis introducida desde hacía mucho. En primer lugar se trata (aun en la jurisprudencia

existente) de un ensanchamiento, de una argumentación analógica,[463] de hacer extensivas las experiencias antiguas a los casos nuevos. Aquí, como en otras partes, la evolución no es un proceso que se dirige hacia una meta, sino un producto colateral no intencionado: un resultado epigenético que simplemente se da.[464] La sociedad que se da el lujo de este tipo de empresa jurídica, es que ya instaló un nivel de observación de segundo orden que hace posible el proceso de diferenciación de un sistema de derecho. En los procedimientos de los tribunales existe un nivel en donde se confirman (o rechazan) las expectativas normativas que pertenecen al derecho, pues se utiliza ya el código conforme a derecho/no conforme a derecho. El efecto de una codificación así, como es de prever, se hace notar: en el sistema se almacena una semántica de programas a la que se recurre cuando hay que atribuir valores de derecho.[465] Con todo, la función de la selección no se distingue todavía de los problemas de reestabilización del sistema. La selección opera con relación a un derecho que supone estable, justificándolo como derecho antiguo: donde esto no baste se remite a la naturaleza o a un orden dado por Dios. Aun cuando exista una amplia praxis de decretos imperiales (*constitutiones*) que intervienen en el derecho como más tarde fue el caso en el imperio romano, el sistema del derecho, con todas sus vacilaciones, le concede un estatuto especial a este fenómeno.[466]

Independientemente de que los conceptos que posibilitan el acceso al proceso legislativo estén mal articulados, la praxis tal como se efectúa en los tribunales y en la doctrina que la acompaña, disuelve cada vez más la referencia con la estabilidad del derecho existente. Esto empieza en la época republicana tardía de Quintus Mutius Scaevola, luego de que una generación anterior de juristas había procedido a registrar por escrito los productos de su asesoramiento. Empiezan los primeros esfuerzos por formar conceptos de tipo dialéctico (abstracción de género), acompañada por una doctrina que ya no se orienta sólo por los casos particulares.[467] Precisamente gracias a la fijación por escrito de los dictámenes jurídicos (y no sólo de las leyes), se cae en la cuenta de que el derecho tradicional ya no embona[468] y, entonces, se intenta conservarlo mediante la

[463]Podrían agregarse incluso hasta alegorías en relación al derecho judío. Véase Luis Ginzberg, On Jewish Law and Lore (1956), reimpr. Nueva York 1977, pp. 127-150.

[464]Esto es válido también para la evolución de los sistemas vitales y es válido, sobre todo, si la indicación de dirección en el sentido de "gradación de la autocomplejidad de los sistemas" se toma por una característica de la evolución. Véase al respecto G. Ledyard Stebbins, Adaptive Shifts and Evolutionary Novelty: A Compostionist Approach, en: Francisco Ayala / Theodosius Dobzhansky (ed.), Studies in the Philosophy of Biology: Reducted en Related Problems, Londres 1974, pp. 285-306 (302 y ss). Cf. también idem,, The Basis of Progressive Evolution, Chapel Hill N.C.1969.

[465]Cf. Capítulo 4.

[466]Esta comprensión, expresada en forma de una concesión, y a la que Ulpiano le dió la famosa formulación (Quod principi placuit, legis habet vigorem" (D.1.4.1.1) sólo en la modernidad temprana se eleva a rango de máxima de la soberanía; y aun entonces hay que partir primero del hecho de que a un soberano virtuoso no le puede gustar sin más ni más lo discrecional, pues entonces no sería un soberano, sino un tirano al que uno, con toda razón, puede oponer resistencia.

[467]Véase al respecto Schiavone op. cit., sobre todo, p. 69 y ss.

[468]Schiavone habla de saltos cualitativos en la jurisprudencia, y precisamente debido a un enlace muy cuidado con la tradición, es decir, "nascita della giurisprudenza romana come practica intellettuale definita, fortemente portata all´autoriproduzione, dotata de un quadro concettuale e di meccanismo logici che le assicurano uno statuto teorico altamente specifico, autonomo rispetto ad ogni altra forma di sapere, e tendente a manetenersi constante" (op.cit, p.86 s.)

sistematización conceptual -prueba característica de la tendencia conservadora de la innovación evolutiva.[469] Estos esfuerzos se complementan con materiales de textos, -que en la época clásica se desarrollaron con rapidez-, gracias al descubrimiento de conceptos jurídicos y reglas de decisión que deberían aplicarse a los casos concretos. En una sociedad en la que las normas jurídicas y los dictámenes ya quedan fijados por la escritura, pero que gran parte de la tradición se conserva oralmente (dado que no hay suficientes libros; por tanto antes de la difusión de la imprenta), estos conocimientos adoptan frecuentemente el carácter de reglas proverbiales dirigidas a la memoria: máximas que reunidas en colecciones se pueden aprender en la retórica verbal.[470] De esta manera los giros jurídicos, en parte provenientes del *corpus iuris* y en parte traídos de otras fuentes de autoridad, se vuelven máximas jurídicas fáciles de aprender, que además se pueden utilizar en la praxis del derecho. Estos giros sirven de ideario antiguo para peticiones innovadoras.[471]

Los conocimientos jurídicos que le dan estabilidad a la praxis, se desarrollan a través de las experiencias que se obtiene de los casos: comparaciones cautelosas entre casos antiguos ya decididos y nuevos casos. Como criterios para la comparación cuentan las clasificaciones conceptuales, las atribuciones exitosas que se hacen a los institutos jurídicos ya fundados y las reglas de decisión que se han usado más de una vez. El método consiste, en lo esencial, en probar siempre de nuevo el alcance de las deducciones analógicas -por tanto: ni deducción de principios, ni generalización inductiva. ya que la meta no es encontrar las reglas que se pueden generalizar, sino llegar a decisiones fundadas en casos. En este procedimiento, la inminente y nueva decisión no necesariamente está ya

---

[469]Frecuententemente se llama también el principio de Romer siguiendo a Alfred S. Romer, The Vertebrate Story, Chicago 1959.

[470]Hoy día es ampliamente reconocido que también en las llamadas sociedades "literatas" que ya disponen de un alto grado de cultura escrita, la comunicación en general se da oralmente, y las formas necesarias para ello se siguen conservando en textos escritos. Para el caso del derecho en especial, véase Peter Goodrich, Literacy and the Language of the Early Common Law, Journal of Law and Society 14 (1987), pp. 422-444. Algo similar se puede constatar también para el campo de la medicina y sus estudios. Véase sobre todo los textos de la escuela de medicina de Salerno, impreso en: The School of Salernum: Regimen Sanitatis Salerni: The English Version by Sir Harington, Salerno, Ente Provinciale per il Turismo (sin año). Esta versión inglesa fue redactada en 1607 para que se imprimiera (!).

[471]Esto se puede leer en las argumentaciones jurídicas que antes de Bodin ya habían declarado el dominio del soberano en el derecho. En Jacobus Omphalius, De officio et potestate Principis in Reipublica bene ac sancte gerenda libri duo, Basileia, 1150, se encuentran las acostumbradas fórmulas como : "Princeps legibus solutus est", "Princeps lex animata in terris", "Principis voluntas pro ratione habeatur". O también la fórmula citada en la nota 64, aunque en la situación jurídica real de aquella época, ni los textos dispensaban al soberano de sus obligaciones frente a la ley. Un ejemplo para una creación tal de máximas sin contexto y por eso falsificando el sentido, se puede ver también en Adhémar Esmein, La máxime "Princeps legibus solutus est" dans l'ancien droit public français, en: Paul Vinogradoff (ed.), Essays in Legal History, Londres 1913, pp. 201-214, y para la historia de esta fórmula más detalladamente véase a Dieter Wyduckel, Princeps Legibus Solutus: Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre, Berlín 1979. Otro ejemplo es la utilización de una fórmula tomada del D 45.Y.108, por medio de la cual, en la parte citada, se resuelve un caso complicado de dote. El texto dice: "nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit". Jean Bodin, en Les six livres de la République, París 1583, reimpr. Aalen 1967, p. 132, cita mal, a saber, que en vez de promissio debe ser obligatio, y deduce de ahí la dóctrina, con graves consecuencias, de que el soberano mismo no podría comprometerse por razones de derecho natural. Y un último ejemplo: La sentencia ¨"Quod omnes tangit omnibus tractari et approbari debet" originalmente se refiere a un caso que presupone una mayoría de tutores, sin embargo, en la Edad Media se utiliza como argumento en la discusión sobre el principio de representación de las corporaciones.

determinada por los conocimientos jurídicos previos. Es posible que debido precisamente al repertorio de casos existentes, se reconozca la novedad de uno de ellos sobre lo que se debe ahora decidir. Como es típico en la evolución, el resultado consolidado es la conclusión de una fase evolutiva, como también la condición para reconocer y especificar la siguiente variación.

Cuando la praxis del derecho se cierra en una continuidad temporal y se deja guiar por las reglas que ella misma determinó, y cuando la tarea consiste particularmente en medir el caso con las reglas y las reglas con el caso, entonces la selección evolutiva adquiere una forma peculiar. Entonces habrá que preguntarse si el caso, visto desde la mirada de las reglas, se parece a otros casos. Sólo si el caso es igual (y sólo entonces) se puede "subsumir". Si es desigual, se deberá desarrollar una nueva regla, partiendo del caso. Esta praxis es la que da motivo para que se conciba la justicia no simplemente como idea de igualdad, sino como la forma normativa de la igualdad. Es decir: como precepto que distingue lo igual de lo desigual y que trata lo igual como igual y lo desigual como desigual.

Dependiendo de cómo se tome esta decisión (y exactamente ésta), la evolución del derecho se orienta cibernéticamente hacia un feedback negativo o positivo. O el sistema se mantiene estable en virtud de las reglas existentes que siempre, de nuevo, se pueden aplicar -aunque se produzcan tensiones; o el sistema del derecho se desvía del punto de partida existente y construye más complejidad mediante nuevos distinguishing y overruling -para decirlo en la terminología de la Common Law. Sólo en este último caso es que llega a haber problemas de reestabilización estructural (y no únicamente procedimental); es decir: ¿al aumentar el sistema su complejidad de manera permanente, opera todavía de modo autopoiético? Y, ¿sigue siendo el sistema atractivo para los usuarios, en el sentido de que produzca todavía casos de derecho?

El carácter de formulario de los conocimientos jurídicos (contundencia en la argumentación propia del modo de funcionar y transmitir de las sociedades orales), desaparece con la creciente influencia de la literatura impresa. El derecho de la Edad Media, con sus glosas y comentarios, con sus privilegios y obligaciones pactadas, con su estructura procedimental (por la que se orienta el derecho material) de los decretos y las demandas, se manifiesta cada vez más como algo intrincado. La imprenta ofrece la oportunidad de que se difundan otro tipo de textos. Los textos jurídicos que hasta ahora se habían transmitido oralmente, se redactan para que aparezcan impresos -lo que hace posible coleccionarlos, fijarlos, difundirlos, selectivamente.[472] Sólo con la imprenta se abre la posibilidad (y la necesidad) de simplificar, sistematizar y proceder metódicamente; lo que

[472]Es famosa, sobre todo, la redacción oficial de las "coutumes" francesas, que ya había empezado en la primera parte del siglo XV, es decir,antes de la imprenta y que luego, sin embargo, fue difundida, mejorada, revisada jurídicamente y modernizada con ayuda de la impresión. Para una revisión rápida véase Philippe Sueur, Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle tom. 2, París 1989, p. 39 y ss.

acabará por marcar a la ciencia jurídica continental.[473] Pero, al mismo tiempo, la imprenta abre también la posibilidad -que especialmente se aprovecha en la Common Law-, de recobrar la particularidad y artificialidad con la que la praxis se orienta por los casos y el contexto de legitimación entre historicidad y racionalidad: pasar, pues, de una fase de autoobservación y autoadmiración ideológica de esta praxis, a la autoadmiración "nacional", en el siglo XVIII.[474]

Resumiendo: se puede ahora hablar de dogmática jurídica que toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica. Este material semántico que hace abstracción de la praxis casuística (pero que de ninguna manera es insensible a ella) ofrece posibilidades de que emerjan las preguntas de construcción. Estas preguntas se aprovechan para rechazar las decisiones imposibles, pero también para fundamentar las decisiones que desde hace tiempo corresponden al uso conceptual en práctica. De esta manera, se llega -a través de un proceso típico de "refuerzo de la desviación"-, a una expansión paulatina de los denominados conceptualmente institutos jurídicos:[475] de pequeños inicios que responden a exigencias, surgen disposiciones de alcances considerables; su importancia difícilmente se puede describir en forma de definiciones, ya que reúnen un sinnúmero de experiencias -sólo los que se dedican a la praxis "entienden" su relevancia.

Sólo al final del siglo XIX se empieza a rechazar esta jurisprudencia conceptual y a justificar las innovaciones, cada vez más desprotegidamente, como ejecución de normas de competencia del legislador y, cada vez en mayor escala, del juez. El instrumento general de las distinciones se podrá manejar, ahora, más libremente, aunque con repercusiones considerables para los residuos de la semántica jurídica con función de programa.

---

[473]En Italia se inicia una crítica humanista (tal vez mejor: retórica) sobre el típico tratamiento jurídico de textos de la Edad Media ya en la primera mitad del siglo XV, es decir, ya antes de la introducción de la imprenta. En ello, sin embargo, resaltan en primer término las cuestiones estilísticas; los medios los suministra el cuidado de la tradición retórica de tiempo atrás. Cf. p. ej., Domenico Maffei, Gli inizi dell'umanesimo giuridico, Milán 1956, reimpr. 1968. Para las consecuencias de lo impreso que sólo en el siglo XVI se vuelve un problema, véase a Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Juriprudenz des 16. Jahrhunderts, en: Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (ed.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Francfort 1969, pp. 63-88. idem. Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus, en: Helmut Coing (ed.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1, Munich 1977, pp. 615-795 (741ss). En el campo de la Common Law se encuentran, con el mismo motivo, estimulaciones infructuosas de querer orientarse por la tendencia retórico-humanista del continente. Véase al respecto a Peter Goodrich, Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks, Londres 1990. sobre todo, p. 70 y ss; además la iniciativa, igual de infructuosa, de Francis Bacon al reaccionar por el camino de la legislación mediante nuevos resúmenes y la transformación metódica de la legislación en ciencia. Véase De augmentis scientiarum 8, 3, aphorism 59 yss, cit.. según la traducción ingl. en: The Works of Francis Bacon, Londres 1857 yss., tomo V, p.10 y ss; idem., A Proposition to His Majesty... Touching the Compilation and Amendment of the Laws of England, Works, op. cit., tomo XII (1872), pp. 57-71 y además Barbara Shapiro, Sir Francis Bacon and the Mid-Seventeenth Century for Law Reform, American Journal of Legal History 24 (1980), pp. 331-360.

[474]Cf. al respecto y para los movimientos opositores de Bacon, pasando por Hobbes y por Blackstone hasta Bentham Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford 1986; David Liebermann, The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteen-Century Britain, Cambridge Ingl. 1989.

[475]Como ejemplos del derecho de fianza y de la cláusula de proceso legal en EE.UU., véase a Lawrence H. Friedman, Total Justice, Nueva York 1985.

Con la diferenciación de la dogmática jurídica (que por sus características inconfundibles es parte del sistema de derecho, y que no debe confundirse con el derecho natural que se enseña en las escuelas de latín), se diferencia también la función de la estabilización. Puede que los procedimientos jurídicos incorporen las variaciones y les asignen un significado estructural para las futuras sentencias; pero aun cuando esto llegara a resultar, quedaría todavía la pregunta, de si esto tiene alguna influencia en la dogmática jurídica; o si sólo forma parte del sistema como un derecho que en cualquier momento se puede cambiar. Es decir, si no es más que un resultado de las decisiones precedentes del tribunal. Con otras palabras, lo que se diferencia son las funciones de selección y estabilización, y lo que sirve a la estabilización emite impulsos propios de innovación. Todavía en el siglo XVII se le advierte al sistema político de las innovaciones que traen consigo la resistencia, la rebelión, la guerra civil.[476] Sin embargo, el sistema del derecho ya alcanzó la estabilidad dinámica que posibilita las innovaciones con amplias consecuencias: por ejemplo, el concepto de propiedad, el concepto de derecho subjetivo, la posibilidad de entablar juicio por contratos realizados informalmente y, por último, la idea innovadora -que no tuvo la Edad Media- de un "derecho público".[477]

Sólo a través de una dogmática jurídica elaborada, la estabilización y reestabilización del derecho se desplaza de la validez simple (y casi siempre religiosa) hacia las *normas de su consistencia*. Por eso también se hablaba de "método sistemático".[478] Con todo, esto no requiere de ninguna reflexión sobre la unidad del sistema, no requiere de ninguna orientación en el sentido omniabarcador del sistema,[479] sino únicamente de un esfuerzo para encontrar la solución consistente a partir de casos "similares". El derecho tradicional, de la misma manera que el derecho que ha sido cambiado, son válidos si se mantienen en un contexto jurídico cercano.

Como indicio de consistencia sirve la capacidad de construcción dogmática de la solución a los problemas. Entonces se designa como problema lo que no se puede construir, y esa imposibilidad se reconoce en el resultado que contradice el sentimiento jurídico, o que contradice la mirada adiestrada en encontrar soluciones aceptables. Precisamente una dogmática jurídica (o los conocimientos ampliamente elaborados por la

---

[476]Véase p.ej., a Iustus Lipsius, Politicorum sive civilis doctrinae libri sex, cit. según la ed. Amberes 1604, p. 96; Jean de Marnix, Résolutions politiques et maximes d'Estat, ed. amplificada Bruselas 1629, p. 286 y ss; Johann Hieronymos Im Hof, Singularia Politica, 2. ed., Nuremberg 1657, p. 241 y ss.; Estienne Pasquier, Les Recherche de la France, nueva ed. París 1665, p. 678 ("Il nÿ a rien qu´il faille tant craindre en une republique que la nouveauté").

[477]En una época últerior, también en los Estados Unidos se puede constatar que las condiciones previas para un orden económico moderno (capitalista) se crearon en el sistema de derecho y no en el sistema político. Véase Morton J. Horwitz, The Trasnformation of Law, 1780-1860, Cambridge, Mass. 1977. Cf. al respecto de manera crítica A.W.B. Simpson, The Horwitz Thesis and the History of Contracts, en idem., Legal Theory and Legal History, Londres 1987, pp. 203-271 niega la aportación propia de la Common Law y alude a la adopción de la tradición del derecho civil. Cf. además idem., Innovation in Nineteenth Century Contract Law., op. cit, pp. 171-202.

[478]Así, continuando a Nicolai Hartmann, Heino Garn, Rechtsproblem und Rechtssystem, Bielefeld 1973, p. 28 con respecto al continuo ajuste entre sistema y soluciones de problemas.

[479]Esto es sólo una variante de la constatación de que no basta la orientación por la función del derecho para determinar las decisiones del sistema.

ratio decidendi) dentro de una multiplicidad de decisiones que se han tomado en el tribunal, hacen percibir los defectos y buscar -no siempre con éxito- mejores posibilidades de construcción. El derecho tiene la oportunidad de madurar a través de sus propios defectos, por ejemplo, en el principio de culpabilidad (algo que se reconoce desde un principio y que está fijado legalmente): admitir en pequeña escala la fianza del que no es culpable (porque subjetivamente no lo es), aunque ha provocado una situación peligrosa; o porque dispone de posibilidades de control y de alternativas que podrían contribuir a evitar los daños.[480] Debido a las reconstrucciones dogmáticas, en la Edad Media tardía se llegó a tener la idea de que el principio de la bona fides podría llenar todas las lagunas del sistema contractual romano y de los correspondientes derechos de establecer la queja (actiones): cualquier contrato que no infringiera la ley, podía reconocerse como título; sólo del contrato surge la obligación (ex nudo pacto oritur obligatio). De esta manera, el interés por acumular capital y las limitaciones en la responsabilidad, en el siglo XVIII, lo que buscaban era encontrar formas de derecho para personas jurídicas que ya no podían encontrar acomodo en los privilegios que se les concedía a las corporaciones. Todo esto se puede concebir como adaptación del sistema de derecho a las necesidades cambiantes, pero de ninguna manera quiere decir que el entorno determina el sistema de derecho. Más bien lo que quiere decir es el que el sistema reconoce sus defectos en su propia pantalla y, para remediarlos, sólo puede utilizar medios propios y adecuados.[481] Puede que el entorno irrite el sistema del derecho y logre perturbar el sentimiento jurídico. Pero tales irritaciones no son sino formas internas de plantear problemas y soluciones que dependen de lo que, en el marco del derecho vigente, se pueda construir.

Desde la perspectiva del derecho, en esta forma de innovación a través de la compensación de los defectos, se incluye la legislación. Se percibe una anomalía. Entonces surge la pregunta: ¿Se puede remediar sin cambiar el derecho, o sólo cambiándolo? Esta "consideración de las desventajas inevitables" (mischief rule) sigue vigente en la Common Law, al menos como máxima de interpretación.[482] Esta regla exige que se considere el derecho como sistema, como totalidad de soluciones aplicadas de manera consistente y que se seleccione una para el problema existente; que en la interpretación de la ley se suponga que el legislador quería proceder de una cierta manera y que, en el caso de que no se pudiera encontrar ninguna regla, que el juez introduzca una que sea adecuada al

[480]Cf. al respecto y para similares desarrollos del derecho que se orientan por la Common Law Edward H. Lewi, An Introduction to Legal Reasoning, University of Chicago Law Review 15 (1948), pp. 501-574.

[481]Al respecto Alan Watson, The Evolution of Law, Baltimore 1985, con buenos ejemplos de la evolución del derecho contractual romano. Da que pensar aquí la creación de tipos para contratos sin fianza (mandatum, depositum) que difícilmente pueden explicarse a partir del desarrollo económico; y la explicación plausible (inmanente al derecho) para esto es que el derecho debe ser garantía legal también y precisamente en los servicios de amistad, en donde la insistencia en fijar derechos y obligaciones en la conclusión del contrato se percibe como inadmisible. Por lo demás, justamente en la institución del contrato puede demostrarse que los problemas jurídicos no estén acaso en el ajuste de las aportaciones mutuas que se pueden dejar a cargo del sistema de economía, sino en la continuación de la conexión "sinalagmática" y en la superación de los problemas que puedan surgir de manera inesperada *después de la conclusión del contrato.*

[482]Cf. Peter Goodrich, Reading the Law, Oxford 1986, p. 55 y s., 117.

caso y que se pueda generalizar. En este sentido, el derecho vigente se impulsa a sí mismo hacia la innovación, pero también a conservar la estabilidad = consistencia = justicia. En todo caso, la evolución del derecho que procede de esta manera, no se puede aprehender como ciega ni como intencional[483] y mucho menos como reacción de punto-por-punto a los impulsos exteriores, La evolución opera circularmente ante los impulsos externos: en parte, responde con variación; en parte, reacciona con estabilidad para volver a impulsar las innovaciones:



Este modelo de evolución que es circular y no secuencial, permite plantear la cuestión de los cambios evolutivos de las condiciones de evolución del derecho. Lo que hay que mencionar, por sobre todo, es que las disposiciones para la estabilización (o reestabilización) del derecho mismo se han vuelto dinámicas y manipulan, a su vez, la variación en el derecho. El derecho no espera a que las personas entren en conflicto, para luego encontrar una solución justa que coincida con la ley. Más bien, el derecho mismo, por medio de intervenciones regulativas en la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos: el derecho se cultiva a sí mismo.

En concreto, las ocasiones de cambio en las formas de la evolución deberían buscarse, sobre todo, en el abastecimiento masivo de las legislaciones del siglo XIX y XX. Esto está estrechamente relacionado con la democratización del sistema político y con la canalización constitucional de la influencia política en la legislación. La política, con su inmensa cantidad de directrices, provoca en el sistema de derecho un impacto enorme: el derecho tiene que integrarlas, comprenderlas, procesarlas. Mediante procedimientos que implican conocimientos especializados, se constatará si los deseos políticos se satisfacen con el derecho vigente (o si hay que presuponer cambios en él). Hasta aquí, el derecho sigue siendo parte del juego y lo que provoca la variación (ahora como antes) es lo que el sistema percibe como irritación y para lo que encuentra una forma. Pero con esto el mecanismo de la variación cambió. El "ruido" de la política ya es otra cosa y actualmente se ha constituido en ocasión predominante para la variación. Ya no son únicamente los conflictos los que hacen variar el derecho -y que en caso dado son ocasión para preferir otras reglas-, sino la política que persigue sus propios propósitos: de este modo crea las diferencias que luego se volverán en conflictos. Si una nación exige que se llene un

[483]Para el rechazo de esta distinción cf. W. Jethro Brown, Law and Evolution, Yale Law Journal 29 (1920), pp. 394-400. Desde el punto de vista sociológico el rechazo de esta opinión de que podría importar la distinción intención/no intención, está condicionado por la transición de la teoría de la acción a la teoría de sistemas.

determinado formulario de entrada al país, como es el caso de los Estados Unidos, y en él se hacen preguntas sobre la raza, entonces eso no es una solución de un conflicto, sino la creación de una posición desfavorable para aquél que quiere hacer de esa pregunta un conflicto. Sin normas no habría ningún conflicto. El mecanismo de variación del derecho mediante conflictos autoproducidos lo que hace es echar leña al fuego: la norma indica ya cómo se deberá resolver el conflicto.

Ante esta situación, la evolución del derecho se tiene que apoyar en la interpretación. La interpretación realiza una prueba de consistencia al examinar qué comprensión de una norma cabe en el contexto de otras. En la mayoría de los casos -a diferencia de las grandes codificaciones del siglo XVIII y XIX-, las leyes ya no se interesan por la consistencia. Frente a esto, la función jurisdiccional se concedió mayor libertad de interpretación. Sin embargo, la jurisprudencia no puede utilizar los textos existentes para recuperar la consistencia. Existe -y esto muestra el gran abismo que se ha creado-, una discusión muy amplia sobre los métodos de interpretación de las leyes[484] que, no obstante, no han adquirido ninguna relevancia para fundamentar las decisiones de los casos particulares: ¿Por qué los tribunales en sus decisiones, deberían decidirse por un método determinado? La solución se ha encontrado en una tolerancia mayor, en la ambigüedad, en el ablandamiento de la dogmática tradicional, en los conceptos jurídicos indefinidos y en las fórmulas de ponderación. Por medio de todo esto los tribunales llegan sí a soluciones ad hoc aparentemente adecuadas, pero no precisamente a una praxis jurídica consistente. El legislador adopta también tales fórmulas, porque él mismo no puede reconocer bajo qué restricciones la consistencia podría seguir conservándose, a pesar de las nuevas normas.

Que las normas ya casi no representen intereses de consistencia quiere decir, al mismo tiempo, que se las puede con facilidad cambiar, al considerarlas como normas particulares. El cambio de las leyes se vuelve cosa normal, el plazo de validez promedio se reduce. Con frecuencia las normas sólo entran en vigor temporalmente, o mantienen la expectativa de una mejor comprensión para un momento posterior. Lo que ya no se puede alcanzar como consistencia objetiva, se compensa por medio de la inconsistencia temporal (lo que quizás sea menos doloroso y menos injusto).

Karl-Heinz Ladeur[485] piensa que en estas condiciones, no se puede ya garantizar la unidad del derecho y que ésta se sustituye por un concepto jurídico pluralista (en sus valores y en sus intereses). A esta opinión se opone el hecho de que el sistema del derecho, hoy como antes, se reproduce de modo autopoiético, y que no se llega a confundir con ningún otro orden. En terminología que precisaremos en el capítulo 8, esto se puede formular afirmando que el sistema del derecho adquiere variedad (número, heterogeneidad de las operaciones), pero que pierde redundancia (economía de información, investigación,

---

[484]Bajo aspectos comparativos y una correspondiente tipificación, véase a D. Neil MacCormick /Robert S. Summers (ed.), Interpreting Statues: A Comparative Study, Aldershot UK 1991.

[485]Cf. “Abwägung” - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Francfort 1984.

reconocibilidad de los errores). Puede ser que así el derecho se vuelva más robusto frente a los errores y en este sentido más "generoso".[486] Pero, al mismo tiempo, pierde la transparencia y la seguridad para los sistemas del entorno que quieran recurrir a él. Precisamente por eso se pregunta de manera desesperada, siempre de nuevo, por la legitimidad del derecho: con sobrecarga de valores, con enojos, con inexactitudes.

Como resultado de esta evolución -y pueda que los filósofos moralistas opinen de manera diferente- para el sistema del derecho existe sólo el derecho positivo. Es decir: sólo existe el derecho que entra en vigor mediante el derecho mismo, a través del símbolo de la validez jurídica. Esto es válido independientemente de la formación concreta de las tradiciones jurídicas. Es válido para el derecho civil continental, como para el derecho de la Common Law. Es válido, también, independientemente de la escala que el legislador emplee para crear un nuevo derecho o codificar el antiguo. En la Common Law, por ejemplo, esto se manifiesta en la consolidación de las conexiones con los casos precedentes del siglo XIX: es decir, ahí donde el positivismo jurídico recomendado por Bentham y Austin, no pudo llevarse a cabo.[487] Es claro que el derecho vigente no se puede concebir como un sistema lógico totalmente cerrado: ningún sistema lógico se puede fundamentar, como sistema, libre de contradicciones. Pero la respuesta a este problema de imperfección no está en la garantía de validez externa, sino en la continua producción de textos jurídicos en los que respectivamente se puede reconocer lo que es válido como derecho (y lo que no). La "razón" del sistema no se encuentra en la bondad asegurada de los principios, sino en la pregunta que se plantea en cada situación: si el derecho vigente se ha de cambiar frente a lo que se ha vuelto un problema. Por consiguiente la validez del derecho no radica en la unidad sino en la diferencia. La validez no se puede ver, no se puede encontrar: se da simplemente en la reproducción permanente.

IV

El amplio capítulo precedente que nos ha servido para presentar la evolución del derecho hasta culminar en una clausura sistémico operativa, requiere de corrección en un aspecto importante. Puede quedar en pie la tesis de que el derecho evoluciona a partir de sí mismo y que el entorno social le aporta impulsos casuales que son los que provocan las variaciones y selecciones eventualmente innovadoras. La respuesta del sistema al entorno se muestra a través de institutos jurídicos especiales: por ejemplo, la sensibilidad registrada

---

[486]Como ya veníamos discutiendo (en capítulo 4,IV), la inclinación de buscar los considerandos en las consecuencias de las decisiones que en el momento mismo de la decisión todavía no se pueden conocer, sino de alguna manera deben calcularse, es una prueba clara de esta tendencia a la “tolerancia de los errores”. En atención a la fuerza del derecho, ya no se distingue si el cálculo de las consecuencias está o no está equivocado. Cf. también la opinión sobre el aparentemente preciso “análisis económico del derecho” en Anthony D’Amato, Can Any Legal Theory Constrain Any Judical Decisión, University of Miami Law Review 43 (1989), pp. 513-539.

[487]Para este desarrollo inglés en el siglo XVIII/XIX véanse las aportaciones de Gerald J. Postema y Jim Evans en: Laurence Goldtsein (ed.), Precedent in Law, Oxford 1987.

por del derecho penal, o en las formas del derecho civil que dan cauce a las demandas; o, paralelo al desarrollo del Estado territorial moderno, la creación del derecho público (que al principio casi no se podía diferenciar del derecho civil y del derecho natural) y que encuentra su culminación en el derecho constitucional moderno. Sin embargo ¿no existen también condiciones sociales que, más allá de esta multiplicidad de derechos, sean decisivas para que el sistema del derecho pueda clausurarse en su operación? ¿No existen condiciones sociales por las que el sistema del derecho especifique sus propias estructuras a través de operaciones exclusivas y que si es necesario cambiarlas lo haga por motivos que son reconocibles por el mismo derecho?

Sospechamos que el problema que Hobbes había señalado de la omnipresencia de la violencia física, representa una condición tal. Formulado en términos positivos: el derecho debe presuponer que la paz esté asegurada, si es que su respuesta pretende ser algo más que un simple adaptarse a la violencia física. Esto remite a que la evolución del derecho se hace dependiente de la evolución (que se da en paralelo) del sistema político: por medio de una especie de expropiación primaria el sistema político le sustrae a la sociedad la disposición del poder violento físico y, sobre esta base, construye su propio poder.[488]

En un sentido muy inicial, el derecho tuvo siempre que ver con la solución de conflictos que posiblemente se hubieran solucionado de manera violenta. Y esto es más evidente en cuanto el derecho mismo se transforma en fuente de conflictos de primer rango ya que permanentemente (y entre más se desarrolla más) conduce a conflictos en los que las partes se remiten a la ley. Precisamente esto es lo que lo llevó a la conquista evolutiva de los procedimientos en los que el derecho, de cierta manera, se reúne en audiencia consigo mismo. Esto por sí solo no llevó a la separación entre derecho penal y derecho civil, e hizo que los procedimientos judiciales se hicieran dependientes de la pregunta por la decisión que debería prevalecer. Un indicador de esto podría ser el número de "jurantes" convocados por los partidarios, y el hecho que se hiciera visible que el derecho podía imponerse. Haciendo a un lado ciertas islas de paz jurídica en las ciudades antiguas y en el imperio romano, la integración de la violencia en el derecho (sintomático para el derecho) debe considerarse como un caso normal hasta la alta Edad Media y como límite para el desarrollo ulterior de la semántica y de la autorreferencialidad del derecho.[489]

En este sentido, el derecho por su cercanía con la violencia, estuvo y seguía ligado a las estructuras del entorno que no podían controlarse jurídicamente: familias y formación de clanes de las sociedades segmentarias. Esto inevitablemente impidió el refinamiento de la semántica jurídica, la condensación y confirmación de la experiencia aplicada a casos siempre nuevos y diferentes y el cuidado jurídico de una consistente dogmática conceptual - con todo lo que esto repercutió en la decisión de los tribunales.

---

[488]Véase al respecto en el contexto de una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados a Niklas Luhmann, Macht, Stutgart 1975 (En castellano: Poder, Anthropos, U. Iberoamericana, Barcelona, 1995)
[489]Así, sobre todo, Berman op. cit (1991).

Una superación de este obstáculo, en las evoluciones ulteriores, sólo fue posible cuando la política (La Iglesia en la Edad Media con su organización religiosa y con sus medios de derecho canónico) asumió el control de la violencia física y prometió la paz. Esto implicó, al mismo tiempo, que las pretensiones legales, habiendo constatado su legalidad, podían llevarse a cabo.[490] El problema del acoplamiento estructural puede entonces especificarse y restringirse a la relación entre política y derecho -ya sea que estos sistemas de función se conciban como una unidad que converge en la cima, o que éstos se acoplen a través de la institución especial de la Constitución.[491] Se podría decir: la evolución "busca" soluciones al problema del acoplamiento estructural del derecho, para que no lo obstaculicen; o lo que sería lo mismo: la evolución busca estructuras posibles de complejidad que garanticen una evolución especial al sistema del derecho.

Si esta apertura tiene su punto crítico en el problema de la violencia, se debe observar que esta proclividad toma otra forma con el impulso de la evolución. Y de hecho este es el caso. La acción penal, ahora, no se concebirá en primer lugar como lesión -que se puede defender o sobre la que se puede demandar satisfacción- a una víctima; sino como lesión a la ley penal misma. De este modo, en el siglo XVII y sobre todo en el XVIII, se le da un empujón inusitado a la criminalización (casi como quien dice se hizo de interés público) que, por su parte, estimula la teoría moderna criminalística (Beccaria...) y exige las colonias penitenciarias; además de que motivó a la sociedad burguesa a sanearse a sí misma a través de la ética del trabajo y de la indignación moral. La protección de los bienes jurídicos entra al derecho tan sólo por mediación del legislador. Por eso ahora se dice: nulla poena sine lege. El derecho original de responder a la violencia con violencia se ha roto: el Estado es el único actor facultado para ello. Al inicio, el Estado recurre a las "raisons des executions sans proces", con el argumento cuasi médico de que "le mal se guarist par le mal".[492] Sin embargo, con la pacificación normal de los territorios impuesta en el transcurso del siglo XVII, esta reserva de derecho de sentenciar sin proceso se vuelve inútil -mientras se conserve la paz jurídica.

¿Se podría decir que en transcurso de la diferenciación de un sistema de derecho autoevolutivo, el derecho rompe su paz con la violencia? El caso es que ahora el derecho que sólo se refiere a sí mismo, se manifiesta como paradoja -y se formula de ese modo.[493]

---

[490]Existen excepciones de manera concentrada en en siglo VII, a saber, en la alta nobleza; y de nuevo las hay también hoy día, cuando la policía por razones de “seguridad pública y del orden”, para evitar mayores disturbios, se niega a a intervenir.

[491]Para estas dos soluciones que por su parte de nuevo se distinguen por los grados de libertad que dejan a los sistemas acoplados, véanse abajo cap. 9 y cap. 10.

[492]Estas formulaciones se encuentarn en Pierre Ayrault, Ordre, formalité et instruction judiciaire (1576). 2a. ed.. París 1598, pp. 90 y 97. La obra se refiere a los procedimientos penales.

[493]“Qu´il n y a rien si juste qui ne puisse avoir son opposite aussi iuste" se dice en Ayrault, op. cit. (1598), p. 91 y ss. Ejemplo: el parricidio y matricidio en el caso de Oreste. La superación de la paradoja se da entonces jurídicamente mediante del esquema regla/excepción. Por lo demás, hay que tener en cuenta aquí que en la retórica del Renacimiento tardío es usual el culto de las formulaciones paradójicas, y esto no se ve como un error del conocimiento, sino como una exhortación para que se siga reflexionando. Cf., con mucho material, Rosalie L. Colie, Paradoxia Epidemica: The Renaissance Tradition of Paradox, Princeton 1966.

Hay que cortar la referencia externa -la violencia que domina de facto- y sustituirla por la autorreferencia que luego deberá arreglárselas de diferente manera con el entorno; es decir: con la voluntad central de los potentados políticos.

Desde el siglo XI se desarrolla en Europa un derecho civil separado del derecho penal y sustentado en textos del derecho civil romano, que por lo pronto se subdivide en derecho canónico y derecho civil profano con sus correspondientes jurisdicciones.[494] También es este campo se debe bloquear el acceso inmediato de la violencia por parte de aquél que se siente perjudicado en sus derechos. La violencia habrá de indemnizarse mediante el acceso a los procedimientos judiciales -indemnización que por supuesto sólo convence si se llegan a ejecutar las sentencias judiciales y si el juicio no se distorsiona por la intromisión de un alto poder: de otro modo no es posible desarrollar una cultura de derecho. También aquí, para constatar la improbabilidad evolutiva del derecho, hay que apuntar una cosa extraña: *el derecho* tiene que constatar y eliminar las *infracciones* contra del derecho mismo. El test del poder con el que el derecho había asegurado su adaptación al entorno, será sustituido por procedimientos probatorios autorregularizados -una paradoja integrada al sistema: constatar lo ilegal a través de las reglas establecidas por el derecho. La unidad del código binario -derecho/no derecho-, no se debe gödelizar, no se debe disolver mediante una externalización, sino que debe desenvolverse al interior del derecho.

Las soluciones son tan conocidas que el problema difícilmente lo reconocemos hoy en día. Sin embargo, todavía en la temprana edad moderna (las guerras campesinas de 1525 y la reacción de Lutero), esta relación entre jurisdicción operante/jurisdicción-no-operante y la búsqueda violenta en el derecho, estaba de todo presente.[495] Esta anomalía se puede reconocer en la actualidad en el derecho a la legítima defensa. Existen, pues, todavía restos de casos límite en lo que el derecho, bajo condiciones jurídicamente regularizadas, permite violar el derecho. Estos casos en los que se permite la aplicación de la violencia física y se excluye la remisión a un procedimiento jurídico no son casuales. *Siempre que la violencia está en juego, aparece la paradoja de la codificación del derecho, pero en una forma tal que la paradoja se desenvuelve dentro del derecho a través de ciertos condicionamientos: lo que se logra es que la paradoja se torne invisible.*

Traducido al lenguaje de la teoría de la evolución este análisis confirma el nexo entre autopoiesis y acoplamiento estructural como condición previa de cualquier evolución. La evolución sólo puede utilizar la autopoeisis presupuesta en cada uno de los sistemas. Por eso, en las diferenciaciones clásicas de la teoría de la evolución (variación/selección/estabilización) son inevitables las formulaciones circulares: los impulsos del entorno aparecen como casualidades que afectan a sistemas ya evolucionados, que ellos aprovechan reintroduciéndolas en un desarrollo dirigido. Si adicionalmente se introduce el concepto de acoplamiento estructural (al que volveremos de manera

[494]Al respecto con más detalle Bermann, op. cit. (1991).
[495]Cf. Winfried Schulze, Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit, Stutgart 1980.

sistemática en un capítulo posterior) se pueden describir las formas que canalizan las "casualidades" como irritaciones y como problemas sobre los que el sistema provee de soluciones sistémicas adecuadas (que funcionan autopoiéticamente). Para la evolución del derecho parece ser que el problema de la violencia física cumple con esta función crítica de posibilitar (o bloquear) la evolución.

V

Las reflexiones precedentes no ofrecen todavía ninguna respuesta a un problema que juega un papel importante en la discusión de la teoría de la evolución: ¿Hay manera de reconocer patrones determinados por la evolución en la edificación (o en el desmontaje de las estructuras)? O ¿sucede todo discrecionalmente? Esta pregunta se respondió con la idea de progreso. Pero ahora se plantea de nuevo una vez que se ha renunciado a valorar la evolución como progreso. Si la evolución se entendiera como progreso se enfrentaría uno a la necesidad de ofrecer una conceptualidad de continuidad lineal, o a desacoplar la evolución de cualquier descripción de un orden originado por la evolución.

Siguiendo el esquema conceptual de Darwin, a menudo sobreviene la conformidad cuando se explica, por medio de la teoría de la evolución, cómo la sociedad llegó a una cultura tan altamente desarrollada y diferenciada.[496] Las instituciones que surgieron de esta evolución (propiedad, contrato, capacidad jurídica de las corporaciones, derechos subjetivos, formas de procedimiento...) se presuponen simplemente y no se analizan más. La teoría de la evolución explica por qué las conquistas tan poco probables y las discrepancias tan amplias respecto del estado inicial, después de todo resultaron posibles y que se puedan practicar como algo normal. Una explicación así implica, a su vez, que todo esto no ha sido posible sin la evolución y que todo intento de planificar y mejorar el derecho contribuye a su evolución; pero no puede determinar el resultado de modo definitivo -y si sí, sólo sería de manera destructiva.

Las teorías que intentan decir algo más tienen frecuentemente la característica de teorías del progreso. A menudo, el argumento de la evolución sirve de camuflaje a las preferencias teóricas aceptadas. Se comprueba que las estructuras de la teoría fueron favorecidas y fomentadas por la evolución. Así Ronald Heiner[497] en cuanto a la solución del problema de la información que no es completa. Así Robert Clark con respecto a la opinión de que la evolución fomenta instituciones que ahorran costos en la transacción (y otros costos).[498] En todas estas teorías salen a relucir problemas muy conocidos: que los

---

[496]Así, sin embargo con una teoría de la evolución poco elaborada, Alan Watson, op. cit. 1985, en atención a la tradición del derecho civil romano.

[497]Op.cit. (1986).

[498]Véase Robert C.Clark, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution, Yale Law Journal 90(1981), pp. 1238-1274. Dentro de este análisis económico del derecho, en lo particular, hay mucho de discutible, entre otras cosas también, la formulación exacta del principio de selección. Cf. también las aportaciones de Paul H,. Rubin, Why Is the Common Law Efficient, Journal of Legal Studies 6(1977), pp. 65-83 y Jack Hirshleifer, Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperative versus Conflict

participantes no calculen en el sentido previsto y de que no se sepa bien a bien cómo es que se producen las conclusiones cuantitativas en sus cabezas;[499] además todo lo que tiene que ver con lo desconocido del futuro y con los gastos sociales -inevitables- de todo enlace temporal.[500] Tal vez por eso la teoría económica de la evolución del derecho ande en busca de apoyo por parte de la sociobiología.

Por cierto, con los puntos de partida sistémico teóricos no se gana ninguna distancia con respecto a la propia teoría, pero sí un instrumental de análisis más complejo.[501] Se puede partir del presupuesto (y esto es lo usual) de que la evolución posibilita la formación y conservación de sistemas altamente complejos y junto a los cuales los sistemas de estructuración más simple pueden sobrevivir. Sin que se implique un sentido o télos especial, la evolución lleva a la morfogénesis de los sistemas que todavía pueden realizar su autopoiesis en condiciones de alta complejidad, a través de la multiplicidad y diversidad de las operaciones. Consecuentemente, los sistemas deben tener capacidad de discriminación en su interior. Por lo tanto se hace manifiesta la creación involuntaria de una mayor complejidad: precisamente la evolución del sistema de derecho puede servir de prueba. El resultado es que en el derecho mismo ya empiezan las quejas sobre la complejidad y se ha iniciado la búsqueda del remedio: la evolución comienza a reaccionar frente a sus propios resultados. ¿Tiene esto un "sentido mayor" - o simplemente es que esto ocurre así? ¿Se realiza de este modo la "civilización" como se pensaba en el siglo XVIII, o incluso es así que se realiza el "Espíritu"?

En la actualidad es casi insostenible que la complejidad mejore las oportunidades de adaptación del sistema. Para una hipótesis tal tendrían que encontrarse argumentos adicionales que tomaran también en cuenta el autopeligro que acarrea la complejidad. Nos conformamos con el hecho indiscutible de que la evolución posibilita más complejidad, y es indudable que el derecho de la sociedad moderna -a pesar de todas las abstracciones, generalizaciones y simplificaciones recientemente desarrolladas-, es mucho más complejo que el derecho de las antiguas formaciones sociales.

Es sólo una versión diferente de lo ya afirmado cuando se dice que la evolución, hasta donde es posible, lo que hace es normalizar lo improbable (entendido como un cierto grado de discrepancia del estado inicial).[502] Con este tipo de afirmaciones, sin embargo, lo

---

Strategies, Research in Law and Economics 4(1982), pp. 1-60, que, por cierto, no permiten avanzar en dirección de la pregunta por el criterio del éxito, pero adicionalmente a las ventajas de la cooperación económica, tienen en cuenta las ventajas de cultivar las disputas jurídicas en atención a que el combate a las reglas ineficientes, económicamente debe valer la pena.

[499]Cf. p. ej. Jean Lave, Cognition in Practice: Mind, Mathematics and Culture in Everyday Life, Cambridge, Ing. 1988.

[500]Estos argumentos no quieren decir refutación, únicamente invitan a una mayor precisión en la oferta de pruebas empíricas y a una argumentación teórico-evolutiva más clara.

[501]Otro aspecto de comparación sería si el anáilisis sistémico-teórico del derecho produce y soporta mejor las deducciones de sí mismo que el análisis económico.

[502]En contra de las protestas (que son de esperar) de los que se dedican a la estadísitica, esto se puede señalar también como la improbabilidad de la probabilidad. Y no quiere decir otra cosa que desde el punto de vista lingüístico, es extremamente improbable que se pronuncie una frase determinada y, al mismo tiempo, que esta improbabilidad sea completamente normal, a

que se logra es plantear un problema que requiere de ulterior investigación: cómo es que un sistema adapta sus propias estructuras a esa complejidad en aumento; o con otras palabras; cómo la complejidad (= coacción de selección) produce estructuras adecuadas a la complejidad, o cómo puede impedir una ulterior evolución.

La clausura operativa del sistema y la codificación indiferente respecto del entorno son las primeras respuestas a esta pregunta. El entorno queda excluido -a no ser que el sistema mismo, conforme a sus propias posibilidades de procesar información, le conceda interés. Para ello el sistema debe desarrollar la capacidad de distinguir entre autorreferencia y heterorreferencia. Más adelante veremos[503] que, en la actualidad, esto se lleva a cabo en la diferenciación entre conceptos e intereses[504] -bajo el presupuesto de que ya se ha desarrollado una dogmática jurídica que ofrece resultados.

Más lejanamente cuentan también, como conquistas evolutivas que se adecuan a la complejidad, el que el derecho se haya desprendido del símbolo de validez de orígenes históricos (arché, Grund) y de las referencias externas (de la naturaleza en el sentido de razón existente). Hemos explicado la diferenciación entre posesión y propiedad, entre transacción y contrato, como una especie de renuncia a la certidumbre. También la autodescripción el sistema del derecho se vuelve autónoma. En este contexto siempre jugó un papel importante orientarse por la diferencia interna al sistema entre legislación y jurisprudencia -lo que le dificultó al legislador y le hizo imposible al juez apegado a la ley, que cedieran a amistares externas, a relaciones particulares, a consideraciones de Estado...[505] La disolución del concepto unificado de "jurisdicción" monárquica y la transición a la doctrina de la separación de poderes del siglo XVIII continúan con esta tendencia, y organizan, de nuevo, los virajes de los acoplamientos internos del derecho entre legislación y jurisdicción. Esto permite, por un lado, más conceptos jurídicos indefinidos o "fórmulas de compromiso" político en las leyes; y, por otro, rechazan las innovaciones jurídicas por parte del juez, desde el momento en que lo obligan a remitirse a la legislación competente.

Como resultado de estas conquistas evolutivas, el derecho en su totalidad se puede considerar como autoproducido: como derecho positivo. La doctrina de las fuentes del derecho (cualquier cosa que signifique este concepto) se reformula en el siglo XIX y en el XX, de tal manera que no sólo la legislación sin también la jurisprudencia y el derecho consuetudinario (si los tribunales los retoman) y aun la dogmática jurídica misma,[506] aparecen como fuente del derecho.

---

saber, característica de cualquier frase que se enuncia. Precisamente por eso, la realización del lenguaje sólo puede explicarse de manera evolutiva.

[503]Cf. Capítulo 8, VI y VII.

[504]De todos modos, no en la respectiva forma transversal de la distinción entre normas y hechos, ya que el sistema puede incluir también normas externas y remitirlas a la norma jurídica y considerar hechos internos (por ejemplo la publicación de leyes que cumplen con la forma) como relevantes.

[505]Así de todos modos la opinión de Aristóteles que frecuentemente se tomaba en cuenta en la Edad Media, Rhetorik 1354 b. Cf. también Aegidius Columnae Romanus, De Regime Principium, cit. según la edición Roma 1607, reimpr. Aalen 1967, p. 106 y ss.

[506]Al respecto para Inglaterra y Scotland Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978, p.61.

La palabra clave de "temporalización de la complejidad" nos lleva a más consideraciones. En muchas situaciones los deslindamientos con relación a la persona y al espacio, se sustituyen por deslindamientos con relación al tiempo.[507] El nuevo derecho anula el antiguo[508] y, por eso, ni siquiera las inconsistencias temporales decisivas tienen que considerarse injustas. Las discusiones provocadas por este hecho se politizan.

Otro mecanismo que capta complejidad se describe por medio de la diferencia entre variedad y redundancia. Esto lo veremos más exhaustivamente en el capítulo 8. Lo que aquí importa es mostrar que el sistema del derecho se capacita para procesar más casos (y diferentes), si renuncia a los severos requisitos de consistencia en las decisiones de los casos (redundancia) o si encuentra nuevas formas que sean compatibles con rangos de mayor variedad. Desde siempre fue un requisito regulativo importante en este contexto permitir que los afectados por una decisión pudieran apelar a la ley. La ley romana limitaba el número y la clase de *actiones* que podrían ser consideradas por el tribunal. El que todas las pretensiones legales sean demandables -un concepto del siglo XIX-, y el reconocimiento amplio de la relevancia jurídica de la voluntad del particular, adaptan el derecho a la sociedad moderna. En la medida en que se consideró la voluntad particular como base de la determinación del derecho, se pensó en que se podía renunciar a la consistencia (léase: justicia). La protesta que se levantó en contra de esto, llevó a las presiones política y a un sinnúmero de leyes que restringieron la libertad: piénsese sólo en el derecho laboral y en la legislación sociopolítica. La consecuencia fue que, a partir de aquí, mantener la consistencia dentro de las innumerables leyes singulares se ha vuelto un problema. Y antes de que se experimentara adecuadamente de qué manera, en estas condiciones, se podría readquirir redundancia, se presenta un nuevo problema; a saber, el de la "demanda popular" de individuos comprometidos con el interés de los bienes públicos y en especial con el interés de un tratamiento más efectivo de los problemas ecológicos.

Como resultado de esta evolución -que hace posible el proceso de diferenciación y la erección de complejidad y que en cuanto están constituidos se les premia con más evolución-, en el sistema del derecho actual existen estructuras que se distinguen considerablemente de lo que correspondía en la sociedad tribal. La diferencia decisiva se encuentra en la *personalización* de las situaciones jurídicas. A todo esto se une, por cierto, la más importante evolución del derecho moderno: la figura del derecho subjetivo.[509] Por

---

[507]Esto lo excluye de fijar límites temporales en relación a personas, por ejemplo, ligar la válidez de la ley o de un contrato con la vida de una persona que había aceptado las correspondientes obligaciones - un modo de ver las cosas casí natural de lo que, como bien se sabe, la Edad Media sólo pudo difícilmente separarse.

[508]Es notable entonces la consecuencia de que para las Constituciones se debe conceder una excepción, ya que de otro modo las nuevas leyes paulatinamente socavarían la Constitución; y además la consecuencia que resulta de ahí: que el cambio del sentido de las Constituciones en gran medida debe realizarse por medio de la interpretación.

[509]Sin embargo, hacemos notar que la forma moderna del “derecho subjetivo” sólo representa una parte de esta personalización. Ya que en lo esencial se trata también de que las reclamaciones por violación de derechos o debido a otras acciones prohibidas, sólo pueden dirigirse a personas y no a grupos ni a un contexto de condiciones sociales de cualquier género. Para los inicios de la disolución de las estructuras tipo clan del sistema feudal, pero también para la resistencia de la iglesia frente a una teocracia política que en el siglo XII ya se presenta en Inglaterra, véase a Brian Tierney, Religion and Rights: A Medieval Perspective,

medio de esta figura se alcanza un desarrollo de la paradoja de la libertad que es útil en términos técnico-jurídicos: la necesidad de limitar la libertad como condición de la libertad:[510] la inclusión de lo excluido, la juridización de la arbitrariedad. En el marco de los derechos subjetivos cualquier persona puede actuar como le venga en gana: la motivación no se puede controlar jurídicamente. Si se quiere restringir este arbitrio se tiene que hacer dando forma jurídica a la restricción del derecho subjetivo. Otros hallazgos evolutivos (que ya están a disposición a finales del siglo XVIII) presuponen todo esto y lo aprovechan para dar paso a subsecuentes generalizaciones: por ejemplo, la capacidad jurídica con independencia de la clase social y del origen; la positivización del derecho que, en caso de necesidad, desplazan los cheques firmados en blanco de los límites de la libertad. El acceso general a los procedimientos jurídicos (y por medio de estos la inclusión total de la población en el derecho) se basa en esto. Ya que para la diferenciación y el acoplamiento del derecho material y procesal es indispensable desprender del derecho material quién es el que puede presentarse como demandante y a quién se debe demandar. El derecho penal prescinde de la responsabilidad colectiva y de las obligaciones o pretensiones de igualdad colectivas como fue costumbre en las sociedades tribales. Incluso las organizaciones (no importa cuál sea su magnitud) se tienen que ajustar a esto: se les pone a disposición la forma jurídica de "persona" para el caso de que quieran participar como unidad en el sistema del derecho.

Se requiere de un cierto esfuerzo -sobre todo porque ya estamos acostumbrados a ello- para ver con claridad lo improbable y lo extraordinario de esta evolución. En primer lugar el derecho debe proporcionar apoyo social a las expectativas que se sostienen contrafácticamente. Además es poco común un regulador de conflictos que priva al individuo de cualquier apoyo social por parte de los combatientes, los amigos, los parientes y las confederaciones (corporaciones) a las que pertenece y que le dotarían de prestigio y de méritos. Al individuo, primero, se le aísla: se le confronta a solas con el tribunal, para luego remitirlo exclusivamente a la ayuda del sistema del derecho mismo. Los dispositivos de corrección -en el derecho material, por ejemplo, los fideicomisos que en aras de asegurar los intereses familiares restringen la capacidad de disposición; en el campo de los procedimientos, seguros de protección jurídica o conceptos éticos profesionales que son supervisados por las confederaciones-, deben presuponer esta personalización y unirse a ella. Sin esta disolución de los lazos sociales, de las obligaciones y de las expectativas de ayuda mediante la personalización de las situaciones jurídicas, no se puede alcanzar un proceso de diferenciación del sistema del derecho. Y sólo cuando este patrón se ha impuesto en el desarrollo de la evolución, las influencias directas en el juez y lo que la sociología, en general, descubrió mediante las estadísticas como influencias no legales en

---

Journal of Law and Religion 5 (1987), pp. 163-165. Más detalladamente en idem., Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650, Ingl. 1982. Cf. además Palmer op. cit. (1985).
[510]Véase también cap. 5, IV.

el derecho, se perciben como corrupción.[511] En el sistema del derecho -como en otros sistemas que atienden a una función-, el rodeo mediante un proceso de aislamiento de la "persona" y los correlatos semánticos del individuo moderno, son condiciones previas para que los sistemas funcionales construyan su propia complejidad y asuman, como decisión propia, el control de la inclusión y la exclusión.

Lo que en el sistema de derecho ha evolucionado -en mayor o menor escala- de manera satisfactoria si se compara con la inconveniencia del modelo original, se vuelve problema en cuanto el sistema político intenta utilizar el derecho como instrumento de regularización. Los fines políticos compactados se deben descomponer en formas que se refieran a personas con capacidad jurídica. Sin embargo, sobre todo, en la transformación de los problemas ecológicos y en la regularización de los derechos del medio ambiente, se ve lo poco que cumple la personalización con lo que exige ese contexto. Esto tiene que ver con las dificultades de la atribución causal: se atribuyen las repercusiones ecológicas a acciones que están socialmente determinadas; estas acciones excluyen todo efecto "esencial" que se orienta por obligaciones y derechos individualmente motivados. Por eso se discute -sin mayor éxito-, sobre el "reclamo popular" del interés público, sin que a ello correspondan posiciones deslindables en el derecho material.[512] Este ejemplo comprueba qué tanto la forma de la personalización es un producto propio de la evolución del derecho y no un dictado del entorno interno (o incluso externo) de la sociedad. Esto corresponde a nuestro supuesto teórico de que la evolución de los sistemas autopoiéticos sirve más bien para experimentar el margen de maniobra que deja la autopoiesis en vistas de erigir estructuras complejas, que para adaptar el sistema al entorno existente.

Esta presentación debe quedar bosquejada para no adelantar el resultado a detalle de las investigaciones. Es suficiente, aquí, con que introduzcamos la hipótesis de que no es la eficiencia económica sino la complejidad la variable intermedia que hace posible que las transformaciones de los cambios estructurales sean una adaptación interna del sistema.

VI

Una de las preguntas más difíciles en la reflexión histórica sobre el derecho, la hemos reservado para el final de este capítulo. ¿Es posible afirmar que a consecuencia de la dinámica propia del sistema del derecho originada por la evolución haya aumentado su importancia social y, sobre todo, su dimensión? Si la pregunta se refiere a cifras absolutas esto es obvio: hay más abogados y leyes que antes (aunque esto depende de cada región, como se puede reconocer al comparar Japón con los Estados Unidos).[513]

---

[511]Cf. de nuevo al respecto capítulo 10, I.

[512]Véase desde la perspectiva constitucional por ejemplo a Dieter Grimm., Die Zukunft der Verfassung, Francfort 1991, p.190 y ss.

[513]Para los estudios de casos regionales véase, por ejemplo, a Vilhelm Aubert, Continuity and Development in Law and Society, Oslo 1989.

Correspondientemente existe un creciente fastidio: quejas sobre el exceso de regularizaciones jurídicas que estrangulan cualquier iniciativa libre, demandas de desregularización, solución de conflictos de manera extrajudicial y el clamor de que se llegue a la desburocratización. A ello fácilmente se puede replicar que hipertrofias tales -al menos así parece-, pueden observarse en todos los sistemas funcionales: desde el político hasta el educativo, desde la investigación científica hasta el medio del "dinero" de la economía. Jürgen Habermas -sin duda en un contexto diferente-, habló de colonización del mundo de vida. Con otras palabras: crece el significado cotidiano de los sistemas funcionales y, en muchos sentidos, crecen movimientos opuestos de "retorno a la vida natural" -que sin embargo con mucha dificultad alcanzan sus metas. En lo general, de ahí surge el fenómeno paradójico de que estos movimientos de oposición deben de recurrir a los medios estructurales de los sistemas de funciones: una especie de cultivo de bioplantas. Las simplificaciones administrativas exigen instrucciones y procedimientos de control que pesan adicionalmente sobre la administración.

La impresión de que "ya es demasiado" se confirma superficialmente. Pero el problema está menos en las cifras que en las relaciones. Sobre todo porque algunos recursos -el tiempo-, sólo están disponibles de manera limitada. Se debería comprobar si el crecimiento de algunos sistemas funcionales recurre a más tiempo, más dinero, más recursos naturales, energía, motivación, etcétera, que de otra manera se hubieran podido emplear en otros usos. Esto lleva a la investigación empírica a problemas que difícilmente puede resolver. Porque ¿cómo se puede determinar qué uso se le hubiera destinado a los recursos, si éstos no estuvieran tan sobrecargados por la hipertrofia del derecho? Lo que resulta poco real en una investigación de este tipo es partir del supuesto de una suma de constantes. La sociedad, en conjunto, ha crecido en tamaño y complejidad. Con el aumento de las posibilidades sociales de la comunicación, aumenta también la posibilidad de satisfacer necesidades.

Para la sociología empírica estaría a la mano partir de número de habitantes y examinar si el número de abogados (o de asuntos jurídicos: procesos, leyes) ha aumentado per cápita.[514] Esto llevaría también a problemas considerables, ya que las unidades que deben correlacionarse -qué tan amplia es la praxis de un abogado, qué tan importante es la ley, qué tan complejo es un procesamiento jurídico-, sólo se puede determinar arbitrariamente. Y, sobre todo, en vistas del desarrollo de los medios de comunicación y las técnicas, el número de habitantes ya no es un indicador relevante. Lo que importaría sería el número de unidades comunicativas, y también de esto resulta casi absurdo estimarlas sólo cuantitativamente, sin tomar en cuenta la calidad y las repercusiones. Aun cuando predomine la impresión de que el sistema del derecho ha crecido explosivamente y que se ha infiltrado en cada vez más ámbitos de la vida que antes se determinaban por las

[514]Así por ejemplo B. Lawrence M. Friedmann, Total Justice, Nueva York 1985, p. 6 y ss. Sin embargo, en contradicción a esto, véase también la captación decisiva de que la actividad de unas cuantas personas puede provocar la impresión de cambios considerables (p. 97), y esto resulta de la importancia que tiene la comunicación.

costumbres (por la falta de alternativas, por socialización, por control social...), aun entonces son pocas las posibilidades para verificar esta impresión como una hipótesis científica.

Dado el nivel actual de las investigaciones, esto podría ser motivo para renunciar -en el contexto de los cambios evolutivos-, a afirmaciones que se refieran a la unidad del sistema del derecho. Es evidente que se puede comprobar que las estructuras del sistema del derecho, en el transcurso de la evolución, han cambiado; que se ha llegado a nuevas conquistas evolutivas; que, tal vez, han aumentado las expectativas de juridización de los contextos; que, por ejemplo, se puedan reducir los formalismos mediante técnicas mejoradas de procedimientos; que las "motivaciones" interiores puedan volverse jurídicamente relevantes. En este sentido habría que entender la tesis de Friedman:[515] las expectativas de justicia se han desplazado hacia la función de que sea el destino quien nos iguale. Todavía generalizando más, se podría decir que el proceso de diferenciación del sistema del derecho lleva hacia una universalización del propio código y que no hay ningún estado de cosas (por ejemplo: asuntos internos familiares) que no entren en consideración en las regulaciones jurídicas.[516] Lo que se resuelve (o no) jurídicamente y qué tipo de regulaciones son las están vigentes, es sólo un asunto del sistema de derecho mismo. Lo mismo vale, mutatis mutandis, para los otros sistemas que se han diferenciado por funciones. Las restricciones sólo se pueden realizar en forma de autolimitaciones. Aunque todas estas afirmaciones son (y siguen siendo) afirmaciones sobre las estructuras del sistema y sus variaciones, no permiten deducir ningún aumento o reducción de la importancia social del derecho. En el capítulo final, abordaremos de nuevo esta pregunta, pero no llegaremos a ningún pronóstico:[517] el concepto de evolución lo excluye.

---

[515]op. cit. (1985).

[516]Por curiosidad y en atención a los intereses feministas, sea anotado que apenas hace 100 años, una sociedad que trataba de interponer el derecho para restringir la violencia del jefe de familia, podía caracterizarse como una sociedad de esclavos, por lo menos en España. “El pueblo en que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo... ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?” se puede leer en Félix M. de Falguera, Idea general del derecho catalán: Su espíritu y principios que lo informan, en: Conferencias del derecho catalán, Barcelona 1883, cit. según Juan B. Vallet de Goytisolo, Estudios sobre Fuentes de Derecho y Método Jurídico, Madrid 1982, p. 51.

[517]Véase capítulo 12, sobre todo el párrafo V.

Capítulo 7
El lugar de los tribunales en el sistema del derecho

I

Tanto las reflexiones de la teoría de sistemas como las investigaciones empíricas sugieren la hipótesis de que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna.[518] La diferenciación de la sociedad -que está constituida por pura comunicación-, sólo resulta posible (aun en los inicios más primitivos y antes de cualquier formación segmentaria de las familias) si se da la diferencia entre interacción y sociedad. Por consiguiente, si la relevancia social de aquello que sucede entre los ausentes deba tomarse en cuenta en la interacción, aunque sólo de manera selectiva. Por eso, sospechamos que el sistema de derecho sólo entra en un proceso de diferenciación una vez que internamente ya se ha diferenciado. Con esto, sin embargo, no se ha decidido todavía sobre cuál es la forma de la diferenciación interna.

Por "forma de diferenciación interna" se entiende la forma por la que las relaciones entre los sistemas parciales (subsistemas) expresan el orden del sistema total: por ejemplo, orden de rangos jerarquizados. Diferenciación interna quiere decir, también, (aunque no únicamente) que desde la perspectiva del sistema parcial todo lo que pertenece al sistema es entorno. Esto es algo que viene dado con el concepto de sistema, por eso para la teoría de sistemas esto se da por entendido. El orden propio de la diferenciación interna exige, ademas, que estén ya regularizadas las relaciones entre los subsistemas: ya sea sobre la base de la igualdad (segmentación), o sobre la base de la desigualdad (el rango es una de ellas). El orden general del sistema unitario (en nuestro caso el derecho) se manifiesta en el hecho de que la relación sistema/entorno de los subsistemas está restringida por las disposiciones que ordenan las relaciones entre los sistemas. Estas disposiciones pueden prever diferentes grados de libertad, i.e., diferentes grados de densidad de la integración dependiendo de la complejidad que se ha alcanzado en la evolución del sistema comprensivo. Sólo un nivel muy bajo de complejidad armoniza con la segmentación. Existe

[518]Para un análisis del caso histórico Cfr., Rudolf Stichweh, Zur Entstehung des modernen Systems wissenschaftlicher Disziplinen: Physik in Deutschland 1740-1890, Francfort 1984.

una multiplicidad de tribunales que se asemejan y se deben respetar como iguales. Pero aparte de esto, desde hace mucho, se han constituido formas de diferenciación que se apoyan en la desigualdad: tribunales/abogados, tribunales/parlamentos legislativos, los que con base en la desigualdad introducen más diferenciación y, de ese modo, mayores grados de libertad en el sistema. El ejemplo pone de manifiesto que diferentes formas de diferenciación no se excluyen mutuamente.[519] A la forma de desigualdad dominante le incumbe regularizar dónde y cuántas formas diferentes de diferenciación son necesarias y admisibles: por ejemplo las sociedades nobiliarias tienen familias diferenciadas por estratos, aunque dentro de los estratos las familias son del mismo rango.

A partir de estas disposiciones preguntamos por las formas de diferenciación interna del sistema del derecho. Esta pregunta no se puede contestar haciendo alusión a los diferentes campos jurídicos y a la transformación histórica de las diferenciaciones correspondientes. De aquí que no se trata de diferencias como las de derecho público/derecho privado, derecho administrativo/derecho constitucional, derecho de bienes/derecho de obligaciones; y mucho menos se trata de principios de división de la materia jurídica: por ejemplo el esquema del derecho romano persona/res/actio. Aunque divisiones semánticas de este tipo no se desarrollan independientemente del nivel de complejidad del sistema, con todo no alcanzan a explicar las formaciones operativas en el sistema del derecho.

Tampoco seguiremos la acostumbrada división de derecho legislativo/derecho judicial, ya que esta diferenciación está determinada, en su forma, por la teoría del derecho positivo que para decidir a qué lado de teoría se pertenece   pone a discusión si se parte de una o de varias fuentes del derecho. Es evidente que sobre esto se puede discutir pero para llegar a una decisión se tendrá que recurrir a bases teóricas más abstractas. Y, entonces, es de suponer que una abstracción más bien relativice el problema en lugar de que ayude a la deliberación sobre el problema de las fuentes del derecho. Desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación nos importa, en primer lugar, el posicionamiento de los tribunales como sistemas parciales (subsistemas) del derecho. La pregunta es, entonces, *qué forma de diferenciación* se le impone al sistema del derecho cuando se tiene que diferenciar en tribunales.

II

Una primera referencia se obtiene con la distinción legislación/jurisprudencia -distinción que es prominente para la autodescripción del sistema. Esto es particularmente algo casi natural, dado que la tradición antigua europea se justificaba explícitamente a partir del proceso de diferenciación. Aristóteles, en una pasaje que se retomó de nuevo en la Edad

[519]Esto subraya (pero, por cierto, nunca se ha defendido otra opinión) Karl Otto Hondrich, Die andere Seite sozialer Differenzierung, en: Hans Haferkamp/Michael Schmid (ed.), Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Francfort 1987, pp. 275-303.

Media,[520] veía el problema de la independización de la jurisprudencia en el hecho de que el juez se apartara de los lazos de parentesco y de las amistades; por consiguiente: independizarse de la diferenciación segmentaria -en una sociedad que ya se había diferenciado por estratos y por la distinción ciudad/campo. La solución, según Aristóteles, estaba en la peculiar diferenciación de la administración de justicia entre legislación/jurisprudencia. El legislador se encargaría de proveer de normas generales cuyas repercursiones -en los amigos o los enemigos, en los cercanos o los distantes- no se podrían anticipar, precisamente por el grado de generalidad. Bastaría entonces obligar al juez a que cumpliera las leyes para impedir que favoreciera a los amigos (o desfavoreciera a los enemigos). Esto no es otra cosa que la expresión de la fórmula: "sin acepción de personas".

Como es sabido, en Roma tuvo lugar una diferencia adicional entre legislación popular y condicionamiento de la ejecución judicial por parte del magistrado responsable (Praetor): una determinación jurídica en la que el poder político se tendría que poner a disposición del derecho. De esta manera las influencias de los estratos se desplazaron esencialmente hacia el conocimiento del derecho: a la consultoría que llevaban a cabo los legisperitos (que al inicio pertenecían a la nobleza). Hasta muy avanzada la modernidad se conservó la opinión de que legislar y juzgar eran dos variables de una sola tarea, la *jurisdictio*. En principio, para esa área el poder político era el competente y, por ende, el príncipe del Estado territorial.[521] En este sentido la diferenciación del derecho frente al orden estratificado y las influencias de las familias, seguía dependiendo de la autonomía aún precaria del sistema político.[522] La cuestión de si (y ante quien) se hacía prevalecer el derecho seguía dependiendo de constelaciones situativas. Así y todo, la jurisdicción local quedó firmemente en manos de la nobleza (con frecuencia ausente) o de los tribunales urbanos.[523]

Indicios de una constelación cambiante se hacen notar desde la segunda mitad del siglo XVI y, de lleno, en el XVII. Estos indicios que se encuentran en la "potestas legislatoria" -componente del concepto de soberanía de la temprana modernidad-, se revalorizan y se recurre a ellos con mayor frecuencia para imponer la idea del Estado territorial moderno.[524]

---

[520]Rhetorik I 1354 b. Véase al respecto Aegidius Columnae Romanus, De regimine principum (1277/79), cit. según la edición Romae 1607, p. 506 y ss.

[521]Véase, p. Ej., a Pietro Costa, Jurisdictio: Semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433), Milán 1969; Brian Tierney, Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650, Cambridge Ingl. 1982, p. 30 y ss.; Edward Powell, Kingship, Law and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V, Oxford 1989.

[522]Véase al respecto el resumen general de Shmuel N. Eisenstadt, The Political System of Empires, Nueva York 1963.

[523]La crítica sólo se da a raíz de la reconceptuación de la soberanía del Estado. Así, con una agudeza especial, el abogado C.L.P. (Charles Loyseau, Parisien), Discours de l'abus des iustices de village, París 1603.

[524]Cfr. Heinz Mohnhaupt, Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, Ius Commune 4 (1972), pp. 188-239; Michael Stolleis, Condere leges et interpretari: Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit, en ídem., Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Francfort 1990, pp.167-196. Como una prueba contemporánea, véase, por ejemplo, el resumen de la promulgatio, interpretatio y executio de las leyes como componentes del derecho de su majestad, en Johannes Althusius, Politica methodice digesta (1614), Cap. X, reimpr. de los Harvard Political Classics, tom. II, Cambridge Mass., 1932, p. 94 y ss.

De manera casi desapercibida, la comprensión legislativa se desplaza del contexto de la "jurisdictio" (la leyes dicen lo que es conforme a derecho) hacia el contexto de la "soberanía". Durante siglos, en este procedimiento se funden las ideas de soberanía jurídica con las de soberanía política. La eminencia del concepto de ley exige que se incluyan en la competencia legislativa, otras competencias parciales: la competencia de anular y cambiar la ley, la competencia de derogarla mediante privilegios que "rompen con la ley" y, no por último, la competencia de interpretar la ley en lo que ahora se ha dado en llamar "hard cases".[525] De todo esto resulta la necesidad de reformar el Estado territorial y de unificar el ser de la justicia.

Primero, pues, se vuelve de nuevo a determinar la idea unitaria de la responsabilidad del derecho. Los desplazamientos políticos que van de un Estado estamentario a uno absolutista, producen variaciones terminológicas que acaban socavando paulatinamente el derecho antiguo. Esto cambia radicalmente en el siglo XVIII, y sólo hasta este momento la diferenciación entre legislar y juzgar adquiere la importancia que hoy conocemos. Jeremy Bentham, interesado en el contexto de las reformas jurídicas, fue el que exigió una separación clara entre legislación y jurisprudencia, sin que su propuesta haya podido penetrar en la Common Law.[526] El concepto unitariamente integrador de "jurisdictio" se le hace a un lado, sin haber encontrado antes un sustituto. Ahora se piensa consecuentemente desde el derecho positivo, independientemente de lo que las figuras causales de la naturaleza o de la razón pudieran todavía aportar. En retrospectiva resalta la impresión de que el riesgo de la decisión que lleva implícito el derecho se hubiera querido distribuir en dos instancias para hacerlo llevadero. El problema no está en el proceso de diferenciación, sino en la contingencia del sistema ya diferenciado que reacciona a la distinción entre legislación y jurisprudencia.

La distinción entre competencia legislativa y judicial se basa en la diferenciación de los procedimientos correspondientes. Supone, por consiguiente, la evolución de las normas de competencia y su delimitación restrictiva. Sobre esta base, la distinción puede entrar en escena como asimetría que se puede utilizar en ambos lados. Con este sostén interno, el sistema del derecho -sin tener que abandonar la sociedad-, puede renunciar al sostén externo y realizar su autonomía. El juez aplica las leyes, obedece las instrucciones del legislador. El legislador emprendería "un viaje a ciegas" (Esser), si no tomara en cuenta cómo las nuevas leyes se integran en el conjunto de las premisas de decisión de los tribunales. Esto es lo que permite representar la diferencia como una especie de círculo cibernético en el que el derecho se observa a sí mismo con una observación de segundo

---

[525]Para este “recourir au Prince”, llamado también “référé legislatif”, en caso de que la interpretación no permita ningún resultado claro, cfr., en un pasaje prominente Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel. 2a. ed., París 1697, tom. I, p. 25. Véase además la sinopsis sobre la praxis europea en el siglo XVII y siglo XVIII en Mohnhaupt, op. cit. (1972), p. 220 y ss.

[526]Véase al respecto, incluyendo fuentes inéditas, a Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford 1986, sobre todo, p. 191 y ss.; David Liebermann, The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain, Cambridge Ingl. 1989.

orden. El juez debe tratar de entender qué es lo quiso el legislador, es decir, cómo observó el mundo. Por eso se desarrollan los métodos correspondientes para "interpretar" la voluntad del legislador. El legislador también debe imaginar cómo serán acogidos y trabajados los casos en el tribunal. Con todo, el siglo XVIII sobre la base de un concepto de Estado "cívil social" que todavía no se ha diferenciado frente a la sociedad, escoge un modo de representación diferente. La arquitectura jerárquica del mundo de la antigua cosmología echa todavía sus sombras y, en ese marco, no se dejan pensar por separado la ley y el Imperio. La relación entre competencia legislativa y competencia judicial se construye sobre un tipo de jerarquía - la jerarquía se concibe como cadena de instrucciones ordenada de arriba hacia abajo (no como jerarquía de inclusión: como relación del todo y las partes). El tribunal se concibe como órgano ejecutivo de la competencia legislativa y la metódica jurídica como simple deducción. El nexo se debe garantizar mediante la lógica, ergo: axiomatizando las relaciones normativas. Desde Leibniz se han discutido este tipo de proyectos. Hoy se sabe que esta interpretación no corresponde a la realidad,[527] pero al mismo tiempo se comprende que la nueva agudeza de la distinción (legislación/jurisprudencia) sólo se puede percibir y recomendar con ayuda de un concepto unitario que correspondiera a esa situación. Por eso el derecho se acentúa como sistema, en el sentido de que su multiplicidad emerge de un principio. Por eso, se resalta que el método es una deducción que no tolera desviaciones. Por eso, se exige el *référé legislatif* como recurso para aquellos casos que presentan problemas de interpretación. Y, por eso, no era ningún problema conceptualizar el sistema del derecho paralelo (o idénticamente) al orden político.

La realidad contradijo muy rápidamente este concepto de diferenciación.[528] Quizás, todavía, se puede reconocer los efectos ulteriores de este concepto jerárquico de división de poderes en el estilo de argumentación de las decisiones de los más altos tribunales - sobre todo, en Francia.[529] A los tribunales no se les puede sustraer la competencia de interpretar las leyes -y las obcecaciones que eso lleva consigo. El "apego a la ley" se vuelve a sí mismo objeto de interpretación de la competencia judicial. Los tribunales tienen que decidir hasta dónde pueden resolver los casos ayudándose de la interpretación y hasta dónde, en caso de que las soluciones no sean satisfactorias, deben exigir cambios jurídicos por parte del legislador. *Y sólo esta concepción de tarea judicativa es la que posibilita llegar a prohibir la dennegación de la justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que se les presenten.*

---

[527]Cfr. Regina Ogorek, De l'Esprit des légendes, oder wie gewissermassen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, Rechtshistorisches Journal 2 (1983), pp. 277-296; ídem, Zum politischen Selbstverstándnis der Rechtssprechung am Vorabend des bürgerlichen Zeitalters - eine Fallstudie, Ius Comune 10 (1983), pp. 69-95; ídem, Richterkönig oder Subsumtionsautomat: Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Francfort 1986, p. 13 y ss.

[528]Cfr. al respecto Hermann Conrad, Richter und Gesetze im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat. Graz 1971.

[529]Véase Michel Troper y otros., Statutory Interpretation in France, en: D. Neil MacCormick/Robert S. Summers (ed.). Interpreting Statues: A Comparative Study, Aldershot Hants, Inglaterra 1992, pp. 171-212. Véase también la reseña comparativa, op. cit., p. 487 y s., 496 y ss.

Desde el siglo XIX se han incrementado los cambios que contribuyen a la disolución del modelo de jerarquía, sin que este modelo se hay cuestionado en lo elemental y mucho menos sustituido por otro que ayude a transitar a otra forma de diferenciación. Frente al legislador se han amplificado los poderes de interpretación de los jueces -y esto no en último término debido a que las grandes codificaciones ya están caducas. Los tribunales se ocupan crecientemente de interpretar los contratos - incluso de interpretar la voluntad de los contrayentes. Se discute la pluralidad de métodos en las interpretaciones de las leyes y cada vez menos se habla de deducción severa. El juez se enfrenta a la doble exigencia: decidir sobre cada caso y decidir de manera justa -lo que por lo menos quiere decir: aplicar la igualdad en los casos particulares, es decir, las mismas reglas. Aquí, la interpretación de la ley -que en la competencia judicial desarrolla sus propias reglas-, debe ser justa. La *forzosidad* de que se decida y la *libertad* que surge precisamente al buscar razones (cuestionables) para llegar a una decisión, resultan *restringidas* por los puntos de vista de la justicia. Y es esta tríada de forzosidad, libertad y restricción la que produce el derecho. Entre más legislación surge también simultáneamente más competencia judicial.

Para este desarrollo existió en el siglo XIX la hipótesis protectora: el legislador actuó racionalmente y sus textos deberían de interpretarse de modo correlativo.[530] Esto hace posible que se conserve la jerarquía en la relación entre legislar y juzgar, aunque ya deja que el juez participe en la producción de textos. El énfasis está puesto en el método como garantía de coincidencia entre lo de arriba y lo de abajo. A ello se le añade una ayuda mnemotécnica de un carácter dogmático distinto: la doctrina de lo completivo (carencia de lagunas) del derecho como una ficción útil y la diferenciación entre la letra y el espíritu de la ley -como función velada del juez en la formación del derecho. Por último al haberse aceptado la tópica y la retórica como métodos, llega a consolidarse la crítica de que las teorías del derecho apuestan demasiado a los métodos.[531] De allí surge (sobre todo en la doctrina más realista de los Estados Unidos) que sólo es válido como derecho lo que los tribunales consideran como tal. La "jurisprudencia" se acepta como fuente sui generis de derecho.[532] A consecuencia de ello, cada vez más, se entiende la relación entre competencia legislativa y judicial circularmente: restricción recíproca -no asimétrica lineal-

---

[530]Cf. François Obst / Michel van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelas 1987, p. 355 y ss. (véase también p. 97 y ss.).

[531]Véase (sólo que con ideas de deslindamiento muy vagas) a Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfasssungsintepretation, Berlín 1967, 2a. ed. 1976. Digno de leerse, sobre todo, la disputa con Larenz y el intento de sustituir el conocimiento de los métodos por la responsabilidad de la decisión. En Francia a esto corresponde la crítica de la “escuela exegética”, Cfr. Julien Bonnecase, L’Ecole de l’exégèse en droit civil, 2a. ed., París 1924.

[532]Véase al respecto la disputa sobre la pregunta de si el derecho del juez es una fuente de derecho propia, por ejemplo, a Josef Esser, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrechts, Festschrift für Fritz von Hippel, Tubinga 1967, pp. 95-130 (rechazándolo), o a Heinrich Wilhelm Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tubinga 1971 (afirmándolo). Sobre el problema de la difusión *real* del concepto de que existe un “derecho del juez” especial, véase también a Eduard Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung?, Juristenzeitung 43 (1988), pp.1-12, 62-75.

del espacio de decisión.[533] No obstante, parece prevalecer, hoy como antes, la idea de una superioridad jerárquica del legislador sobre el juez: ya que el juez se sujeta a la ley. Pero ¿no de debería agregar: como cualquier persona, incluyendo el legislador mismo? ¿Y cómo se podría hablar de democracia si este no fuera el caso?

¿Cómo se explica este retraso de las descripciones frente a las condiciones existentes? Sospechamos: no se ha entendido con suficiencia la posición especial de los tribunales en el sistema del derecho. Por eso nos dirigiremos, primero, a contestar esta pregunta.

III

Parte de la trascendencia de la distinción entre legislación y jurisprudencia es la singularidad de que la actividad tribunal se determina primero, si no es que exclusivamente, dentro de esta distinción. A diferencia de la legislación, en la jurisprudencia se trata de la "aplicación" del derecho a través de decisiones aplicadas a los casos particulares.[534] Si con motivo de estas decisiones se desarrollan (o se confirman) reglas de decisión, axiomas, principios y teorías jurídicas, esto acontece, en cierto sentido, en el desconocimiento de la mano izquierda y sólo en cumplimiento de la ley que, a su vez, ordena que se dé fundamento a las decisiones (*ƒ* 313 ZPO). Ningún tribunal debe dar inicio a un juicio por sí mismo -aunque las calamidades se estén incrementando a su alrededor. De este modo se asegura que la decisión del tribunal sea algo concreto y que el desarrollo de reglas se dé paralelamente. Aquí claramente se ve que en algunos campos la "jurisprudencia" puede ser más importante que la "legislación".

Con ayuda de la relación asimétrica entre legislación y jurisprudencia y con la ayuda de medios conceptuales derivados (por ejemplo la doctrina de las fuentes del derecho) se intenta evitar la circularidad que resultaría al admitir que el tribunal "crea" el derecho mismo que "aplica".[535] La estilización de la decisión del tribunal sirve, sobre todo, como "conocimiento" del derecho -y aun la doctrina de las fuentes jurídicas piensa que éstas son principios de conocimiento- [536]: asimetrización, pues, de una relación que, de otro

---

[533]Cfr. Torstein Eckhoff, Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems, Scandinavian Studies in Law, pp. 39-51; Michel van de Kerchove/François Ost, op. cit (1987), p. 205 y ss; ídem, Le systhème juridique entre ordre et desordre, París 1988, p. 102 y ss.

[534]Para este "Self-concept" de los tribunales en contraste con la realidad mucho más compleja y sociológicamente reconocible, véase Klaus A. Ziegert, Courts and the Self-concept of Law: The Mapping of the Environment by Courts of First Instance, Sydney Law Review 14 (1992), pp. 196-229.

[535]Como un intento de evitar este círculo, véase a Josef Raz, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2a. ed. Londres 1980, p. 187 y ss. Cf. también Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, Rechtssysteme: Eine systhemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie, Berlín 1988, sobre todo, 134 y ss.

[536]Véase, con una gran influencia en la historia de la teoría, a Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Copenhague y Leipzig y Viena 1929, p. 290 y ss. Que esto sirve para evitar el círculo, resulta claro, si se lee que se rechaza la opinión prevaleciente "que considera la ley como fuente del derecho, porque ésta se considera como expresión de una voluntad especialmente cualificada", como "contradictoria" (294). Para la formación escolar subsiguiente véase, por ejemplo, a Ronald Dubischar, Grundbegriffe des Rechts: Eine Einführung in die Rechtsstheorie, Stutgart 1968, p. 58. y ss. Y como seguidor de Ralf Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre: Zugleich Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Leonhard Nelsons, homenaje a Hans J. Wolfs, Munich 1973, pp. 3-36, el precepto de

modo, debería presentarse como circular. El círculo no tendría lugar si los tribunales en el momento en que no dieran con el derecho, en lugar de decidir se contentaran con aseverar que "no está claro". Esto, sin embargo no se permite desde el punto de vista del derecho. El hecho de que el sistema internamente se vea en la forzosidad de decidir no es más que la consecuencia que corresponde al desacoplamiento del sistema con respecto a toda participación directa del entorno (clausura de operación del sistema). El estado del sistema no es un resultado del estado del mundo. La distinción sistema/entorno se experimenta en el sistema como un problema abierto y, al final de una larga experiencia con esta clausura y después del desarrollo de instituciones que hacen esto posible, el sistema mismo se coacciona a decidir.

Pero ¿qué es lo que los tribunales hacen? ¿Deciden?

Como la decisión es un comportamiento que cualquier persona conoce y, por lo demás, los tribunales deciden en público con dignidad, es muy fácil que se pase por alto la particularidad de este procedimiento. La literatura teórica de la decisión tampoco va mucho más allá: la mayoría de las veces se ocupa de la racionalidad o de la indagación empírica del proceso de la decisión (en el sentido de secuencia de pequeñas decisiones). Con mayor razón la literatura sobre la argumentación jurídica presupone que se trata del fundamento de las decisiones o de la influencia sobre ellas, pero la decisión misma no es tratada como argumento (¿final?). Pero entonces ¿cómo qué se la trata?

Excedería el marco de una investigación sobre el sistema del derecho si se introdujera aquí una teoría elaborada de la decisión. Sin embargo, por el hecho de que la decisión del tribunal tienen una posición central en todo el sistema, resulta importante una cierta comprensión sobre el asunto: en este punto el sistema se vuelve un enigma.

La decisión tiene siempre que ver con una alternativa: uno o más senderos elegibles -los que, a su vez, contienen situaciones, acontecimientos y también subsecuentes decisiones que resultan de esa primera decisión. Por consiguiente las decisiones subsecuentes no se podrían realizar sin una primera. Estas decisiones subsecuentes son previsibles dentro de márgenes muy restringidos, y si se trata de una pluralidad de decisiones son, en definitiva, imprevisibles. Sin embargo, la decisión misma no es un componente de la alternativa: no es uno de los senderos. Por eso hay que suponer que la decisión es el tercio excluso de la alternatividad de la alternativa. Es la diferencia que constituye la alternativa, o con más precisión: es la unidad de esta diferencia. En suma: una paradoja. La decisión se da únicamente cuando está presupuesto algo que es indecidible (¡y no sólo indecidido¡).[537] Ya que de otro modo la decisión ya se hubiera decidido y sólo se trataría de "reconocerla".[538]

---

proceso de asimetría se puede formular también de esta manera: si bien el juez debería ser fuente (de conocimiento) jurídico *para otros*, sin embargo, no lo debería ser *para sí mismo*: el concepto de fuente del derecho debería manejarse en relación a la situación y según la especificación de los roles (p.8). Pero entonces uno se pregunta: ¿Por qué el juez es una figura excepcional? ¿No valdría el mismo argumento para el legislador?

[537]Así Heinz von Förster, Ethics and Second-order Cybernetics, Cibernetics and Human Knowing 1 (1992), pp.9-19 (14).

[538]Que los tribunales seleccionan esta forma de presentación como “reconocimiento”, habría que juzgarlo como evitación del problema, y tal vez también como invisibilización y solución de la paradoja. En todo caso, esto no debería llevar al error de que

La paradoja radica en la relación de este tercero excluido con la alternativa que él construye para quedar excluido (para poder decidir) -de la misma manera que el observador no pude ser la distinción con la que señala lo que distingue, sino que se debe excluir como el punto ciego de la observación. A todo esto se agrega además un problema de tiempo.[539] En general es válido que un sistema existe sólo en el momento en que opera; por ello siempre parte de un mundo simultáneo (= incontrolable) en el momento.[540] La expansión temporal es sólo posible si el presente se inserta como distinción, como unidad de la diferencia entre pasado y futuro. Y por eso el presente es el punto ciego de un tiempo cuya expansión es inactual. Como esto es posible, entonces se puede utilizar el presente como momento de la decisión: hacer cuajar lo ya-no-cambiable (en relación al pasado) y lo todavía-cambiable (en relación al futuro) para introducir en el mundo (que es simultáneo) la forma de una alternativa. En relación a los horizontes de tiempo (pasado/futuro) uno se puede comportar de manera selectiva, ya que los *horizontes no necesariamente son actuales*. Con este comportamiento selectivo se puede construir una alternativa que, por su parte, permite aprehender la situación como situación de decisión. Una decisión se lleva a cabo tan sólo si se temporaliza de esa manera. Por lo demás queda al libre albedrío experimentar el presente del mundo tal como se muestra.

Este análisis de la decisión tiene consecuencias relevantes -aunque para los juristas puede ser que sean inaceptables. La relevancia consiste en esto: *la decisión no está determinada por el pasado* (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, *la decisión tiene consecuencias para los presentes futuros*. La decisión abre o cierra posibilidades que sin la decisión no existirían. La decisión presupone el pasado como invariable y el futuro como variable y precisamente por eso *le da la voltereta a la relación de determinación*: no se deja determinar por el pasado, pero intenta determinar el futuro, aunque este efecto de determinación no se efectúe porque en el futuro se espera que haya más decisiones. Por más problemático que esto sea, se puede comprender por qué los tribunales cuidan las consecuencias de sus decisión y tratan de legitimarlas mediante la valoración de las consecuencias. Aunque en un sentido muy estricto, en realidad, no pueden conocer las consecuencias de sus decisiones, ya que intervendrían más decisiones y la información quedaría incompleta. Tal vez esto -más que ninguna otra cosa- es lo que hace surgir la ilusión de que la decisión, en el sistema del derecho, puede quedar determinada por el pasado, entendido como procedimiento.

---

los conflictos jurídicos no requieran de ninguna decisión. Si no existe una alternativa, la decisión del tribunal ya fue anticipada por el legislador y la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más decisiones.

[539]Cfr., al respecto, y para lo siguiente, G:L:S:Shackle, Imagination, Formalism, and Choice, en: Mario J. Rizzo (ed.), Time Uncertainty, and Disequilibrium: Explorations in Austrian Themes, Lexington Mass. 1979, pp.19-31

[540]Véase también a Shackle, op. cit., p. 20 acerca de que “the notion of the *present,* the moment of which alone, we have direct knowledge, the moment-in-being, the moment of actuality embracing all that *is*. All that *is*, is the present".

Según esto, la decisión es una paradoja que no se puede tematizar, sino sólo mistificar. La autoridad, las decoraciones, la restricción de acceso a los secretos, los textos a los que en absoluto es posible referirse, la entrada o salida de la escena, todo esto ocupa el lugar que impide que lo paradójico de la decisión aparezca y denuncie que la razón que decide sobre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho es una paradoja, y que la *unidad del sistema* se puede sólo observar como paradoja.

Es posible que en esto resida la razón de por qué la unidad del sistema del derecho sólo pueda ponerse en operación mediante distinciones. Y que distinciones como las de derecho/no derecho, normas/hechos, validez(*qua* decisión)/razones (*qua* argumentación), no se pueden reducir a un principio, a un origen, a una razón. Respecto a las consecuencias esto quiere también decir que el sistema sólo con este modo misterioso de decisión puede disponer del símbolo de la validez. Además de que aunque pueda dispensarse de muchas decisiones, se ve en la forzosidad de decidir en caso de que no se pueda resolver de otro modo la paradoja: conforme a derecho/no-conforme-a-derecho.

IV

Lo anterior nos permite dar con una huella que nos lleva más al fondo y que disuelve el nivel de discusión hasta ahora obtenido. Los contratos no necesariamente deben concluirse, las leyes no necesariamente deben emitirse -a no ser que la ley lo prescriba como un caso singular-, sin embargo, los tribunales sí deben decidir sobre cualquier caso que se presente. La norma que corresponde a esa situación es la de que está prohibido la denegación de la justicia -la doble negación en la fórmula es, desde el punto de vista de la lógica, algo muy revelador.[541]

Mientras el derecho romano y aun el derecho de la Edad Media sólo ofrecían protección legal a las demandas definidas con exactitud (actio, writ)[542], en la transición a la modernidad se ha vuelto natural que cualquier demanda deba responderse con una decisión, aunque no esté estipulada por la ley (por ejemplo, el famoso artículo 4 del *Code Civil*).[543] Sólo con

---

541 Comparado con la importancia estructural de esta forzosidad de decidir, existe sorprendentemente poca literatura teórico-jurídica -como sí el tema pudiera desactivarse mediante negligencia. Sin embargo, véase Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basileia 1970, sobre todo, pp. 84 y s., 108 y ss.

542 Correspondientemente, en el derecho romano, el tema se limitaba a la negativa del juez de aceptar una demanda en sí lícita -vel propter amicitias vel inmicitias vel turpissimi lucri gratia vel per aliud quicquam vitium- como se dice en una formulación notable en términos de teoría de la diferenciación, en la colección de las Constituciones del Codex Juris Civilis (C. 3.1 de iudiciis 13.8).

543 El texto dice: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l´obscurité ou de l´insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". La figura jurídica de la denegación de justicia es mucho más antigua; no obstante, se refería principalmente al medio legal extraordinario contra los retrasos en los procedimientos legales, ya que a pesar de constantes disuasiones no se les daba solución. (Cfr., p. ej., Pierre Ayrault, Ordre, formalité et instruction judiciaire (1576), 2a. ed. París 1598, p. 280. Esto presupone la idea de una superioridad jurídica absoluta (jurisdicción) del monarca y, por eso, debió reformularse, una vez que se llevó a efecto la transición de la separación de los poderes constitucionales. Que esto explícitamente debía quedar formulado, fue motivo para decidir sobre una pregunta estrechamente ligada a ello: la pregunta por el référé legislatif en situaciones en las que el juez partía del hecho de que el caso que se le había presentado todavía no había

esta norma de *conceder* a la jurisdicción la responsabilidad propia, el juez quedó emancipado del viejo control imperial de la política.[544] Sólo entonces pareció sensato hacer paulatinamente extensiva esta competencia judicial a los asuntos jurídicos públicos.[545] Desde un punto de vista meramente fáctico, se ha comprobado con suficiencia que se recurre en menor escala a los tribunales para obtener la decisión en los litigios, que la frecuencia con la que surgen los problemas jurídicos en la vida cotidiana.[546] Sin embargo esto no es una objeción en contra del significado *estructural de la posibilidad de recurrir a los tribunales*. Porque la posibilidad de apelar a los tribunales hace aparecer la renuncia de recurrir a ellos y llegar a un acuerdo extrajudicial, como una solución anticipada del problema -independientemente de cómo cada quien juzgue su "decisión voluntaria".[547]

Que los tribunales se vean en la forzosidad de decidir es algo que se formula precisamente en el tiempo en el que Kant, con todo y todo, anunciaba el primado de la praxis sobre el conocimiento: puede ser que esto sea una mera casualidad -en todo caso no sería fácil comprobar las influencias directas. Sin embargo, no es ninguna causalidad que con las manifestaciones de las estructuras sociales modernas surja una conciencia de complejidad que excluye la pretensión de trabajar los problemas del mundo de manera lógica o sólo teórica. La condición existencial obliga a la reducción. Hay que suspender la (en sí) eterna interpretación del mundo o de los textos. Aun con la posibilidad de actuar en contra de la propia convicción, hay que comportarse como si existiera algo en lo que uno pudiera confiarse o, que en todo caso, justifique el inicio de la acción. Sobre este fondo de la descripción del mundo en dirección hacia el pragmatismo, la fórmula particular de prohibir la denegación de la justicia tampoco requiere de argumentación más profunda. Más aún: esto concuerda perfectamente con el positivismo jurídico emergente. Si la coacción para que se actúe obliga a abreviar la búsqueda de conocimientos para que una decisión sea

---

sido decidido por la ley. Una consecuencia de la denegación de justicia era entonces el rechazo del référé legislatif. Por eso, en Francia este texto del art. 4 del Código Civil sirve como punto de partida del derecho positivo para una discusión sobre las fuentes del derecho y los problemas de interpretación. Véase p.ej. A. Bayart, L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation, Journal des Tribunaux 71 (1956), pp. 353-355.

[544]La historiografía se ocupaba entonces casi exclusivamente de esta neutralización política y de la expansión de las competencias que le seguían; en cambio, casi no se ocupaba de la condición previa estructural en la prohibición de la denegación de justicia.

[545]Para una mirada general y más reciente sobre este desarrollo en el siglo XIX, en Alemania cfr. Regina Ogorek, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt: Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, en: Jürgen Kocka (ed.), Bürgertum im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich, Munich 1988, tom. I, pp. 372-405; ídem, Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte II (1989), pp. 12-38.

[546]Cfr., p.ej., William L.S. Felstiner, Influence of Social Organization on Dispute Processing, Law and Society Review 9 (1974), para el significado de decisiones *unilaterales* en este contexto; Erhard Blankenburg, Mobilisierung von Recht: Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, über die Erfolgsaussichten der Kläger und über die ableitbaren Funktionen der Justiz, Zeitschrift für Rechtssoziologie I (1980), pp. 33-64; Marc Galanter, Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law, Journal of Legal Pluralism 19 (1981), pp. 1-47. Para una sinopsis más amplia que incluye también intereses preventivos, cfr. Barbara A. Curran, The Legal Needs of the Public: A Final Report of a National Survey, Chicago 1977.

[547]"There is good reason to believe that most settlements would not habe been reached but for the possibility of a court-ordered resolution", piensan Richard Lempert/Joseph Sanders, An Invitation to Law and Social Science, Nueva York 1986, p. 138.

válida, entonces ya no se puede exigir la constancia temporal y habrá que mantenerse abierto a las dudas que surjan, a mejores conocimientos y al cambio de las reglas.[548]

En la actualidad no cabe la menor duda que desde el punto de vista puramente lógico no se puede excluir lo "non liquet".[549] El mundo no ofrece ninguna garantía para un orden lógico y su deducción. La prohibición de la denegación de la justicia tampoco resulta del hecho de que el apego a la ley no deja otra opción. Porque tan pronto como aparecieran problemas irresolubles en la búsqueda de las leyes y de su interpretación, estaría a discreción del juez "constatar las lagunas en el derecho" y rechazaría el tomar una decisión. Por lo tanto, se requiere de una previsión institucional si se quiere organizar el sistema del derecho como *universalmente competente y, al mismo tiempo, capaz de decidir.* Esta combinación entre universalidad y capacidad de decisión se expresa en la prohibición de denegar la justicia, es decir, se expresa en la forma adecuada para el derecho: la norma = poder recurrir a pretensiones de validez contrafácticas en casos de emergencia.

Existe bibliografía que se ocupa de las dificultades prácticas que resultan de esta prohibición de la denegación de la justicia. Queda sobreentendido que una regla así, sólo se pone en práctica si las decisiones son más o menos formales y que no abordan los detalles del litigio como pudieran ser las reglas de la carga de las pruebas, las faltas de observación de los plazos, las incompetencias, las disposiciones del procedimiento o también las reglas sustanciales de la conveniencia (de minimis non curat praetor) o la famosa doctrina de las "political questions" en el derecho constitucional estadounidense.[550] Los juristas podrían hacerse la pregunta: ¿cuándo terminan en violación estas posibilidades evasivas que infringen la prohibición de la recusación de la justicia (triple negación)?[551] Sin embargo, son más importantes los análisis que relacionan la formación que requiere un juez para cumplir con esa prohibición.[552] Se puede ir tan lejos que se considere el discurso moderno sobre los "principios jurídicos" (los romanos no necesitaron algo así) como un producto secundario de esta prohibición de la denegación de la justicia.[553]

Un problema similar se discute en la Common Law bajo la voz de "hard cases".[554] Como sociólogo hay darse cuenta de que se trata de una parte mínima de la totalidad de los casos

---

[548]Para una presentación de esta lógica temporal en la aceptación de estos signos, véase desde el punto de vista actual a Josef Simon, Philosophie des Zeichens, Berlín 1989.

[549]Véase al respecto a Ilmar Tammelo, On the Logical Openness of legal Orders, American Journal of Comparative Law 8 (1959), pp. 187-203.

[550]Especialmente al respecto Fritz W. Scharpf, Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die Political Questions Doktrine in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, Karlsruhe 1965; ídem., Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, Yale Law Journal 75 (1966), pp. 517-597. Hay que anotar que también en esta regla de conflicto se trata de una autorrestricción del sistema de derecho desarrollada por la Suprema Corte y reconocida por los tribunales, y no de una limitación políticamente impuesta.

[551]Cfr., p.ej., Louis Favoreu, Du déni de justice en droit public français, París 1965.

[552]Cf. Ekkehart Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, Zeitschrift für Zivilprozess 81 (1968), pp. 79-102.

[553]Véase a Schumann op.cit. sobre la idea de la justicia material.

[554]Como punto de partida véase a Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge Mass. 1977, p. 81 y ss, 99 y ss. Por lo demás, ya en la escuela del realismo jurídico se hablaba de “hard cases”.

que se deben decidir en los tribunales. Sin embargo, para el desarrollo jurídico y para la teoría jurídica que lo acompaña y justifica, precisamente esos "hard cases" son de importancia decisiva. Porque se trata de casos en los que las normas jurídicas existentes (e incuestionablemnte vigentes), aplicadas a través de métodos deductivos correctos, no desembocan en decisiones claras. Por consiguiente se trata de casos en los que no basta el conocimiento del derecho vigente inequívoco para indicar quién está en su derecho (y quién no). No obstante, *los tribunales tienen que decidir sobre estos casos*: para la definición y argumentación de la decisión deben desarrollar reglas de decisión cuya validez puede ser dudosa y seguir siendo dudosa. Los tribunales no se pueden apoyar en del derecho vigente incuestionable, sino que deben crear, postular y presuponer ese derecho sin que lleguen a garantizar que más allá de la fuerza jurídica de la decisión del caso, la decisión se válida en calidad de programa. Precisamente por eso se creó el instituto de la "ratio decidendi" que enlaza esta decisión con las decisiones precedentes. Aunque esto sólo resolvió en parte los problemas, ya que los transfirió a la pregunta de qué era esa "ratio decidendi" y cómo podría comprobarse.[555] En este contexto se discute la influencia de las argumentaciones morales en la decisión de los "hard cases".[556] Por cierto esto puede llevar al problema de la "representatividad" de estas reglas de decisión, pero no, en las condiciones actuales, a que se cuestione el fundamento de su validez.[557] Además el hecho de que se apele a la moral tiene la desventaja (difícil de soportar) de tener que negarles legitimación moral a los conceptos jurídicos que se rechazan bajo presión cuando se está coaccionado a tomar una decisión.[558]

El problema de los "hard cases" ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho.[559] Entonces estos casos difíciles se decidían por el juicio de Dios. Actualmente parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de imprevisto, pero con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar los imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales a esta forzosidad de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos ad infinitum o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienen a ciertos principios.

---

[555]Contribuciones a este problema en Laurence Goldstein (ed.), Precedent in Law, Oxford 1987.

[556]Véase, por ejemplo, a David Lyons, Justification and Judicial Responsibility, California Law Review 72 (1984), pp. 178-199.

[557]Así, sin embargo, Dworkin op. cit con ayuda de la distinción entre reglas y principios. Para la discusión de los “hard cases” y para la crítica de la imputación de Dworkin de que exista una decisión únicamente correcta para todos los casos cfr. también Aharon Barak, Judicial Discretion, Nueva Haven 1989, con más referencias.

[558]Esta objeción (sobre el fondo de una tradición judía de la legitimación religiosa del disenso) en Robert M. Cover, The Supreme Court, 1982 Term Foreword: Nomos and Narrative, Harvard Law Review 97 (1983), pp. 4-68.

[559]”Lorsque les éléments du dossier en permettaint pas au juge de trancher, il remetait les parties au jugement des dieux.” -así Jean Bottéro, Mésopotamie: L’écriture, la raison et les dieux, París 1987, p. 151 para la sociedad probablemente más antigua con un interés altamente desarrollado en el derecho y la justicia. Con más detalles idem, L’ordalie en Mésopotamie ancienne, Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa, Clase di Lettere e Filosofia, ser III, tom. XI. (1982), pp. 1005-1067.

En la práctica los tribunales se limitan a lo más necesario para fundamentar sus decisiones. Como hay que decidir y fundamentar, entonces hay que hacerlo con un mínimo de autodeterminación - que es indispensable para tomar la decisión de un caso concreto. Habrá que evitar el palabreo inútil. Las tan famosas *obiter dicta* (esto es, exteriorizar que se está aprovechando la oportunidad) son convenientes para indicar las intenciones jurídico-políticas del tribunal. Esto es válido, sobre todo, en los tribunales de instancias muy altas -como quien dice: como praxis de advertencia para casos futuros. En ordenamientos jurídicos que se enlazan con lo precedente se distingue con claridad -aunque sea en un análisis posterior- entre la "ratio decidendi" y las "obiter dicta", para restringir el efecto vinculante de lo que en realidad produjo validez jurídica. Esta autodisciplina que se restringe a lo esencial se explica también por el contexto de que los tribunales están coaccionados a decidir y por la necesidad de separar con claridad lo que es la jurisprudencia.

La discrepancia entre forzosidad de decidir y posibilidad de llegar a decisiones convincentes se expresa, entre otros, en la institución de la *fuerza del derecho*. Esta fuerza se manifiesta en un *momento preciso*. Por más cuestionable que haya sido y siga siendo la decisión, la fuerza del derecho la exonera de un continuo cuestionamiento. Esto hace que la inclusión de consecuencias en la búsqueda y fundamentación de la decisión sea inofensiva y, a la vez, riesgosa -inofensiva porque en el momento de la decisión válida las consecuencias están todavía en un futuro desconocido; riesgosa, precisamente por eso. Las consecuencias que se llevan a cabo (o no) en contra de las expectativas, ya no pueden cambiar la decisión. Puede que ésta posteriormente se evidencie como especulación errónea, sin embargo es válida y, distinto a lo que pasa con las leyes, ya no se puede cambiar en vistas a una nueva mezcla de consecuencias.

El simple reconocimiento del "derecho del juez" se queda, por consiguiente, en la superficie del problema. De la misma manera que la disolución de la jerarquía clásica cuando se la quiere hacer ver como una relación circular de influencias recíprocas. Por lo visto se trata de la pregunta de cómo el sistema del derecho amortigua sus propios sobreesfuerzos y precisamente cómo y dónde. Esto remite de nuevo al significado lógico-estructural de la prohibición de la denegación de la justicia. ¿Qué es lo que sucede con esta prohibición que mueve tantas cosas? ¿Se trata simplemente de una norma entre otras muchas, una disposición de derecho procesal?

Se pone de manifiesto que estas preguntas no son suficientes por el hecho de que se trata de una disposición autológica: que se incluye a sí misma en el campo de su aplicación. Autológica es la afirmación que se aplica a sí misma. Si existe coacción para que se decida queda excluido todo aquello que no es decisión, ya que infringe la disposición autológica. O,

en todo caso, cuando se apela a esta disposición autológica se puede exigir su aplicación.[560] Pero ¿quién hace esa aplicación? ¿Los mismos tribunales?

El estado de cosas autológico remite a algo profundamente paradójico. Los tribunales deben decidir allí donde no pueden decidir -en todo caso deciden fuera de los estándares aceptables de la racionalidad. Y si no pueden, deben esforzarse en poder. Si no se encuentra el derecho, hay que inventarlo. Más tarde veremos que la argumentación sobre las consecuencias que no se pueden conocer porque sólo se presentarán en el futuro, sirve como salida. La paradoja de las decisión que no se pueden decidir se debe desarrollar de uno u otro modo; es decir: debe traducirse en distinciones que se puedan manejar, por ejemplo, decisión/consecuencia, principio jurídico/aplicación.

Que los tribunales se vean en la forzosidad de decidir es el punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica.[561] *Por eso* la legitimación, en el sentido de relación con valores que trascienden el derecho no juega una papel importante. *Por eso*, todo depende de que las decisiones anteriores que orientan perduren: si no, se les cambia. *Por eso*, la res iudicata es inaferrable, a no ser que se apliquen reglas excepcionales previstas por el derecho. Y, *por eso*, el derecho debe aprehenderse como un universo cerrado en sí mismo y en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la "argumentación puramente jurídica" que decide por sí misma los espacios de interpretación que se puede permitir y en donde se rechaza la deformación exigida.

Las consecuencias de esta forzosidad de decidir se ve con toda claridad en la formas en las que se llevan al cabo los procedimientos en los tribunales y, en el caso extremo, en la institución anglosajona del interrogatorio cruzado. Dos aspectos dominan el escenario: la alta selectividad de los puntos de selección y la incertidumbre cuidadosamene mantenida de cómo será el final.[562] El sistema se orienta por reglas de decisión (programas) que son los que sirven para especificar los puntos de vista de la selección. La incertidumbre del final quiere decir que únicamente importan los valores del código (derecho/no derecho) con respecto a lo que habrá de juzgarse y que ya no importan los aspectos moralistas, políticos u orientados por el beneficio económico. Un delincuente es inocente mientras no se le haya juzgado. Los jueces -como los abogados- deben prestar atención a no hacer un

---

[560]Cfr. al respecto también Ludwig Häsemeyer. Die Erzwingung richterlicher Entscheidungen: Mögliche Reaktionen auf Justizverweigerungen, Festschrift für Karl Michaelis, Gotinga 1972, pp. 134-150. Cf. también Art. 29 del Wiener Schlussakte vom 15. Mai 1820 (cit. según Gustav von Struve, Das öffentliche Recht des deutschen Bundes, Mannheim 1846, pp. 108-128, 117) que casi pensando en términos de la ley de vigilancia y en la tradición del antiguo imperio, previó para estos casos la competencia de la Asamblea Federal. Cf. (con un dispositivo de notas al pie de página que también históricamente es interesante) Johann Ludwig Klüber, Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundestaaten, 3a. ed. Francfort 1831, p. 188 y ss.

[561]Estos nexos los investigó, sobre todo, Vilhelm Aubert. Véase: The Structure of Legal Thinking, en: Legal Essays: Festskrift tl Frede Castberg, Copenhague 1963, pp. 41-63; Legal Reasoning, en: Vilhelm Aubert, In Search of Law. Oxford 1983, pp. 77-97; también en ídem., Continuity and Development in Law and Society, Oslo 1989, pp. 111-135.

[562]Véase al respecto con más detalles a Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, reimpr. Francfort 1983,. sobre todo, pp. 55 y ss.

enjuiciamiento moral anticipado.[563] Del abogado se espera que represente los intereses de su cliente ante el juzgado -independientemente de lo que piense de éste. En esto entran, a la vez, las condiciones del proceso de diferenciación del sistema del derecho y la preestructuración de la decisión que se va a tomar -en la que debe importar sólo la relación entre código y programas del sistema. Correspondientemente el sustento del sistema del derecho al apoyarse en la Constitución encuentra sentido en la garantía procedimental, puesto que el proceso no puede prometer a cada uno que el derecho decidirá a favor de él, como él se lo imagina.

La debilidad metodológica, la "pérdida de certidumbre",[564] el derrumbamiento de las directrices dogmáticas -y su sustitución por fórmulas de equilibrio- y no por último, la creciente falta de precisión en los límites entre legislación y jurisprudencia y los problemas de regularización que empujan de un lado para el otro dependiendo de la constelación en la que sean politizables, son consecuencias tardías de la forzosidad a que se decida. En una sociedad cada vez más compleja y en vistas de la aceleración en los cambios estructurales, todo esto tiene repercusiones cada vez más amplias en casi todos los ámbitos de la sociedad. En esta perspectiva adquieren mayor importancia el incremento de las quejas contra los tribunales y los puntos centrales de la investigación jurídica de la sociología actual. Esto es válido para las viejas quejas sobre el exceso de carga de los tribunales y la larga duración de los procesos, como también para las investigaciones más recientes sobre el "acces to law" -ya que lo que esto significa es: acceso a los tribunales y no acceso a los contratos o acceso al legislador. Esto es válido para la pregunta de si los procedimientos jurídicos son, del todo, un mecanismo adecuado para la solución de los conflictos, cuando como consecuencia directa de esa forzosidad de decidir sólo son justiciables segmentos temáticos muy reducidos; es decir: segmentos de un espectro muy amplio de factores que provocan, amplifican o reducen los conflictos. Esto es válido, finalmente, para el corte de "persona" individual que se efectúa en los roles de demandante y demandado, a pesar de que los participantes se presentan con frecuencia como representantes de una clase de casos similares y que, sin embargo, ellos lo toman como si se tratara de algo individual. Aquí es donde empieza una discusión nutrida sobre las alternativas y las posibilidades de la reforma[565], aunque ésta difícilmente se atreverá a ir al fondo del problema: a la forzosidad de decidir que distingue a los tribunales de todas las demás instituciones del sistema del derecho.

---

[563]O con las palabras de F. James Davis y otros., Society and the Law: New Meanings for an Old Profession, Nueva York 1962, p. 98 y s: "There are no guilty clients until veredict has been rendered; guilty is a matter of moral judgment, not mereley a question of whether conduct fits a statutory classification". Por eso, se puede decir también que el derecho establece sus propias cesuras temporales y, de este modo, crea sus propios horizontes temporales y se distingue así de la moral. Y por medio de esto se ve también qué tan limitado es el alcance de la discusión que ve el problema derecho/moral únicamente en la pregunta de si las reglas jurídicas requieren de una justificación moral.

[564]Así Görg Haverkate, Gewissheitsverluste im juristischen Denken: Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlín 1977.

[565]Véase, por ejemplo, dedicado a este tema el tomo 6 (1980) del Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, sobre todo, p. 142 y ss.

La paradoja de la decisión que no se puede decidir busca, y si se puede expresar así, encuentra fórmulas aceptables de solución. Las formulaciones con las que caracterizamos este desarrollo puede ser que hayan sonado de manera negativa, pero no pretenden eso - como si hubiera mejores posibilidades que todavía no se hubieran aprovechado. La pregunta más importante es cómo se puede describir el sistema del derecho en el que lo paradójico de su autofundamentación es cada vez más manifiesto, y en el que se reconoce el lugar donde se soluciona su paradoja: la jurisdicción.

V

Por de pronto volvemos a repetir: ni las leyes, ni los contratos se encuentran bajo la forzosidad de decidir. La validez del derecho se puede cambiar (o dejar de cambiar) con la selección de estas formas. A este respecto, sólo los tribunales viven una situación de excepción. Puede que las leyes y los contratos por razones políticas o económicas estén obligadas a tomar una decisión. Pero estas son coacciones de otro tipo, ante las cuales el sistema del derecho está en libertad de decidir si son jurídicamente relevantes. En cambio, los tribunales -por razones jurídicas- deben decidir sobre cualquier demanda que en ellos se presente. Sólo a ellos les incumbe el manejo de la paradoja del sistema - independientemente de cómo se quiera denominar eso en concreto. Sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación. Sólo ellos están obligados a la decisión y, por consiguiente, sólo ellos gozan del privilegio de poder transformar la forzosidad en libertad. Ningún otro órgano de la administración de justicia tiene una posición semejante.

La paradoja, sin embargo, es el santuario del sistema, su divinidad en múltiples configuraciones: unitas multiplex, re-entry de la forma en la forma, mismidad de lo diferenciado, determinabilidad de lo indeterminado, autolegitimación. La unidad se expresa en el sistema mediante distinciones que, como distinciones directrices, tienen la función de esconder lo que manifiestan. Estructuralmente esto se lleva a cabo mediante el proceso de diferenciación: mediante multiplicación dentro del sistema de la distinción sistema/entorno. Por eso la pregunta por el desarrollo de la paradoja es la clave para el problema de la diferenciación -y desde la forma de diferenciación se reglamenta qué semántica adquiere o pierde plausibilidad.[566]

Si es adecuada la representación de que a los tribunales les corresponde la tarea de superar la paradoja del sistema del derecho (como se exige y se esconde -a la vez-, con la prohibición de la denegación de la justicia), esto disuelve la posibilidad de describir la diferenciación del sistema del derecho como una cadena ordenada de indicaciones: los tribunales no le dan ninguna orden al legislador. A lo sumo, le anteponen las condiciones

[566] Diferentes estudios de caso al repecto en: Niklas Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, 3 tomos, Francfort 1980, 1981, 1989.

con las que los tribunales pueden entender, aceptar y practicar -esto no es otra cosa que hacer valer su propia existencia. Por eso queda a la mano sustituir el modelo jerárquico por el de una diferenciación entre centro y periferia.[567]

Por consiguiente, la organización de la jurisdicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son vigentes para cualquier persona: producción de reglas jurídicas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigentes.[568] Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia. Esto tiene validez para aquellas disposiciones que normalmente se señalan como "privadas", a saber: la conclusión de los contratos. Sin embargo es válido también para la legislación. Para la periferia no existe ninguna forzosidad de decidir. En las periferias se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/interese ilegales. Precisamente por eso la periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: economía, vida familiar doméstica, política. Como secuela del derecho contractual prosperan numerosas formaciones de derecho producidas (frecuentemente de manera indirecta) de modo privado: el derecho interno de las organizaciones, acuerdos colectivos provisionales entre confederaciones de intereses y grandes organizaciones, interpretaciones específicas de regulación comercial, derecho de las condiciones generales de los negocios y cosas de este tipo.[569] De igual manera, la legislación al ceder a la presión política, se sale de cauce y se infiltra, cada vez en mayor escala, en "espacios" que antes estaban "libres del derecho": por ejemplo, en el interior de la vida familiar, en las escuelas y universidades o en las

---

[567]La utilización de este esquema, aun donde los sociólogos participan, está firmemente en manos de los geógrafos. Véase, por ejemplo, la colección en un volumen de Jean Gottmann (ed.), Centre and Periphery, Londres 1980. La transferencia a contextos institucionales motivó, sobre todo, a Edward Shils, Centre and Periphery, en: The Logic of Personal Knowledge: Essays Presented to Michael Polanyi, Londres 1961, pp. 117-131. En el texto abstraemos de cualquier materialización espacial, lo que el lector reconocerá fácilmente. Ya que el espacio es sólo un caso de desenvolvimiento de la paradoja mediante diferenciaciones que sintonizan con las inconsistencias del procesamiento de información neurofisiológico y, en este sentido, "guardan relación" con los animales y los hombres.

[568]Llama la atención que la legitimación del derecho del juez exclusivamente a través de la organización, se utiliza muy pocas veces en la literatura. Al parecer, la teoría del derecho vacila en dejar cuestiones de alcance social en manos de un mecanismo que sólo puede funcionar en el nivel de los sistemas sociales formalmente organizados. Sin embargo, véase en Melvin Aron Eisenberg; The Nature of Common Law, Cambridge, Mass. 1988, la observación incidental: "Like a conventional trustee, the judge is morally bound by his acceptance of office to obey the rules that govern the conduct of his office" (p.3). Se podría preguntar: ¿está sólo moralmente obligado?

[569]Para este aumento y abuso que frecuentemente se ha señalado como "plural" véase Gunther Teubner, Steuerung durch plurales Recht. Oder: wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft, en: Wolfgang Zapf (ed.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Soziologentages in Frankfurt am Main 1990, Francfort 1991- pp. 528-551.

relaciones médico/pacientes. En la periferia las irritaciones se formalizan (o no se formalizan) jurídicamente. En la periferia el sistema garantiza su autonomía al no-tener-que-decidir: de esta manera se garantiza que el derecho no funcione simplemente como extensión, sin voluntad, de operaciones externas al derecho. El centro requiere precisamente de esta protección dado que la premisa con la que opera va en dirección opuesta. Por eso, los tribunales, si se los compara con los legisladores y los contratantes, trabajan en un aislamiento cognitivo mucho más drástico. Piénsese sólo en las formalidades de los procedimientos probatorios. Además el acceso a los tribunales debe ser discreto y organizado lo más posible de manera selectiva. sólo un minúsculo porcentaje de cuestiones jurídicas se presenta a los tribunales para que se decidan. Pero si esto ocurre, si los involucrados no se retiran, los tribunales tienen que decidir independientemente de lo fácil o lo difícil de la decisión, de lo conservador o lo creativo del resultado.

Otro sentido más de esta forma de diferenciación entre centro y periferia está en la creación de un consenso social necesario y suficiente -o en la conservación de la ficción correlativa.[570] Si los tribunales se encuentran bajo forzosidad de decidir, no pueden depender, al mismo tiempo, del consenso -puesto que deben decidir sobre todos los casos, incluyendo aquellos en los que la validez jurídica no reside en un consenso seguro. Las fórmulas de consenso que utilizan los tribunales (moral aspirations of the people, sensibilidad de los hombres más justos y equitativos) aparecen insípidas y rancias, además de que en el proceso ya no se examinan sino que fungen a manera de ficción jurídica. Las requisiciones de consenso se delegan a la periferia y quedan introducidas en la forma del contrato o en la forma de ley que se aprobó mediante consenso. Justo por eso los tribunales requieren de cierta moderación en la reinterpretación de los contratos y las leyes; por tanto, de cierta moderación en la recreación del derecho jurisprudencial, sin que se puedan indicar los criterios generales para ello.

Ya que el centro no puede funcionar sin periferia (y viceversa), esta distinción no expresa ninguna diferencia de rango o de relevancia social. Con una expresión muy acertada, Habermas caracteriza el procedimiento judicial como "punto crucial para el análisis del sistema del derecho".[571] De ninguna manera se trata de una inversión dentro del patrón estructural jerárquico, con la consecuencia de que los tribunales se consideren ahora más importantes que los legisladores. Esto es lo que hay precisamente que evitar. Como en cualquier forma de diferenciación, sólo se trata de asegurar que lo opuesto (forzosidad de decidir/no forzosidad de decidir) se haga posible de manera simultánea y complementaria. La forma de la diferenciación lo único que garantiza es el desarrollo de la paradoja -no más. Pero de esto depende que el sistema del derecho, al tomar sobre sí una competencia

[570]Al respecto Gunther Teubner, Ist das Recht auf Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts, en Hans Joachim Giegel (ed.) Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften, Francfort 1992,pp. 197-211 - asimismo con dudas considerables en las posibilidades de consenso de los tribunales.

[571]Así en Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskussionstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992, p. 241.

universal, sea capaz de clausurarse en su operación para cumplir con una función específica del sistema de la sociedad. Finalmente, para efectos de ordenamiento de la forma de diferenciación centro/periferia es significativo que sólo dentro del centro se permiten otras formas de diferenciación: segmentación, pero también superioridad e inferioridad. Sólo los tribunales constituyen una jerarquía; sólo ellos se diferencian horizontalmente según las distintas competencias espaciales o profesionales. Esto, además, contribuye a la asimetría de la forma de la diferenciación. La periferia no se puede diferenciar más, por muy grande que sea la cantidad de asuntos que se presenten. Ya hay evidencias de que se empieza a delegar la función legislativa y de que, de esta manera, ya exista una sobreordenación en el subsistema. Aunque con ello sólo se reparten cometidos, pero no se crean subsistemas autopoiéticos (independientes). En cambio un tribunal municipal puede funcionar sin que haya un tribunal regional; los tribunales superiores juzgan desde su propio derecho, ya sea porque tengan competencias especiales o porque como instancia tribunalicia juzgue un asunto que viene encomendado de abajo. Independientemente de cómo se interprete la diferenciación interna del centro, esto no contradice la unidad de la competencia central -al contrario, la presupone y la refuerza. El principal rendimiento de esta remodelación de la teoría de la diferenciación que hace que el esquema de jerarquía (con reacoplamientos circulares) se recorra al esquema centro/periferia , debería consistir en la paralelización y reticulación de la producción de validez de lo legislativo y lo contractual.[572] Esto está en extrema contradicción con la doctrina usual de las fuentes del derecho (con o sin derecho judicial) que aceptan los tribunales. Según esto, el contrato (y siempre incluidos medios similares de creación privada del derecho, por ejemplo, los testamentos, la fundación de organizaciones) es sólo un instituto jurídico entre otros muchos. En cierto sentido pertenece a la semántica del derecho y no a la sintaxis. Sin embargo, desde hace tiempo, esto no corresponde ya a la realidad. En los años veinte se fijaba ya la atención en las "cláusulas generales" y se hablaba del "derecho creado por la economía".[573] Entretanto la gran cantidad de relaciones entre las organizaciones y las confederaciones (Estados, municipios) han llevado a una forma que, en todo caso, el sistema del derecho puede leer como derecho obligatorio vinculante. Además una parte considerable de la legislación (por ejemplo, el derecho de los cárteles) se refiere a este campo de la creación del derecho. La penetración jurídica en la vida cotidiana ya no se puede entender sin el derecho y sería completamente anticuado querer imaginárselo como un ámbito en el que dos personas particulares se encuentran y firman un contrato individual, según el prototipo del derecho burgués.

---

[572]Cf. al respecto Charles-Albert Morand, La contractualisation du droit dans l'état providence, en: François Chazel / Jacques Commaille (ed.), Normes juridiques et régulation sociale, París 1991, pp. 139-158; Arthur Benz/Fritz W. Scharpf/Reinhard Zintl, Horizontale Politikverflechtung: Zur Theorie von Verhandlungssystemen, Francfort 1992.

[573]Esta formulación en el contexto étnico (nacional?) en Hans Grossmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Friburgo 1933.

Por supuesto que hoy, como antes, las leyes y los contratos se distinguen por su forma y por su efecto jurídico. De otro modo, no tendría sentido diferenciarlos. Pero igual de importante (o todavía más decisiva) es la pregunta: ¿a qué sistemas de función es a los que se adapta el derecho a través de esa sensopercepción de la periferia? Y lo decisivo está en que de esta manera el derecho desarrolla una tolerancia más alta ante los desequilibrios y renuncia a la forzosidad de decidir en esta periferia del derecho.

VI

La relación (ahora) evidente entre forzosidad de decidir, organización tribunalicia y la posición central de los tribunales en el sistema del derecho, permite hacerse una idea nueva de la clausura operativa del sistema del derecho precisamente desde la perspectiva temporal y material.

Las decisiones se pueden concebir -de manera abstracta- como una forma mediante la cual la relación entre pasado y futuro se interrumpe y se restablece. Dondequiera que se decida, el pasado no se prolonga automáticamente en el futuro (*qua* esencia o naturaleza, *qua* imposibilidad o necesidad). La relación se corta y se deja al arbitrio de la decisión (que sólo es posible en el presente y siempre posible de otra manera) si ha de restablecerse. ¿Cómo puede la sociedad -así habría que preguntarse- comprometerse a una riesgo así de interrupción? Y además: ¿cómo es posible que este riesgo se deje en manos de un subsistema de la sociedad -el sistema del derecho?

La disculpa que, en cierto sentido, se da es que por todos lados surgen disputas. Si se pierde o se gana es una pregunta cuya respuesta no es definitiva. La ocasión obliga a ponerse en marcha. Pero de este modo no está dicho cómo es que un sistema clausurado en su operación logra el reenlace entre pasado y futuro.

Los tribunales reconstruyen el pasado en el formato del caso que se hace presente. Sólo se tomará en consideración lo que es necesario para la decisión del caso -y nada más. Para la delimitación de la necesidad de información entra en ayuda el derecho vigente. Este derecho está presupuesto en calidad de fecha, es decir, como producto del pasado. El concepto ideal de que del derecho se pudiera deducir también la decisión del caso, significaría para la praxis arreglárselas únicamente con el pasado y dejar el futuro a la posibilidad/imposibilidad lógica. Se podría calcular el futuro y, por consiguiente, no sería necesario ni siquiera decidir. Se sabe que esto no es posible. De hecho, los tribunales se ven obligados a proyectar el futuro. Esto ocurre en el esbozo de las reglas de decisión a las que el tribunal se atendrá en casos futuros similares. Estas reglas de decisión pueden ser reglas de interpretación de las leyes o, como sobre todo en la Common Law, reglas que se adquieren directamente haciendo abstracción del caso.[574] Se trata siempre de inventar

[574]Al respecto hay discusiones teóricas detalladas, por ejemplo, la "metodología jurídica" referida al procedimiento en la interpretación de las leyes, o la discusión complicada sobre el encuentro de reglas de decisión de las decisiones anteriores con relación a lo que para el caso inmediato podría ser obligatorio. Sin embargo, llama la atención que en las argumentaciones

delimitaciones que deben ser obligatorias en el futuro. Esto quiere decir: el sistema se clausura temporalmente al construir el presente (que de por sí desaparece con la decisión) como pasado de un futuro presente. La decisión se presentará *modo futuri exacti* conformada por reglas y por eso mismo disciplinada.

Este modo de mediación entre pasado y futuro requiere de un segundo tiempo: un tiempo concentrado y construido en el presente y que se transforma con éste. Esto no cambia para nada el hecho de que en la realidad no existen los espacios fingidos de las posibilidades, porque en la realidad todo lo que sucede acontece en simultaneidad. Esto por otra parte muestra que el tiempo que se aprehende como diferencia es la construcción de un observador. Lo que esto quiere decir es que la sociedad debe llevar a la sincronización diferentes observaciones de tiempo y esto se logra imponiendo delimitaciones a los posibles enlaces, por medio de recursiones. Esta quizás sea la razón (sin tomar en cuenta los problemas de la deducción lógica) por la que se exige a los tribunales una producción continua de reglas para las decisiones futuras. "The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future".[575]

Desde el punto de vista material, llama la atención que sólo los tribunales tienen la tarea de supervisar la consistencia de las decisiones jurídicas.[576] Esto sucede en el modo de la observación de segundo orden: observación de decisiones jurídicas (leyes, contratos, decisiones judiciales) que, a su vez, han ya observado el derecho. El término técnico se llama: interpretación. Por cierto también en las reflexiones sobre la creación de la ley y los contratos la interpretación del derecho vigente juega un papel, pero sólo para circunscribir los límites del espacio creativo. Los tribunales interpretan en un sentido diferente, a saber, de manera argumentativa: para demostrar la racionalidad de su propia decisión. Aquí la observación de segundo orden se utiliza para examinar hasta dónde la consistencia de la observación del derecho obtenida hasta la fecha deja integrar nuevas informaciones o cambios en las preferencias. Y si la doctrina e investigación académica se interesan por "las ciencias del derecho", lo hacen en el sentido de la reconstrucción de las decisiones correctas que han tomado los tribunales. A pesar de esfuerzos reiterados,[577] no se ha podido desarrollar una ciencia de la legislación convincente, por más que los juristas (y los

---

judiciales de las decisiones, casi no existen determinaciones teórico-metodológicas de este género -como si se tratara de evitar que el autoenlace del tribunal abarque también tales preguntas.

[575]Eisenberg op.cit, p. 7.

[576]Los juristas de la Europa central remitirán campos jurídicos enteros a las codificaciones a través del legislador. Una cosa es que se quiera (o no) dejar pasar esto como excepción. Pero esto en la actualidad ya no existe; además la idea de reducir los tribunales, por medio de las codificaciones, a una simple “aplicación" de las leyes, a meras decisiones rutinarias, está desmentida por la historia.

[577]Véase, como resultado de haberse dedicado una vida entera a este tema, a Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973 (p. 9 y ss para las razones de este déficit). Cf. además Hermann Hill, Einführung in die Gesetzesgebungslehre, Heidelberg 1982, así como el desplazamiento de la problemática hacia una “politología jurídica" , característico de los años 80 (Jahresschrift für Rechtspolitologie seit 1987).

no juristas como Jürgen Habermas) insisten todavía hoy en que la ley es la base de la racionalidad de todas las decisiones jurídicas.

VII

En apariencia, la diosa de la evolución ha tenido mucho más coraje que el que haya tenido cualquier planificador equipado de previsión. La evolución corta de tajo las determinaciones sociales de la decisión jurídica -sin que las reponga. Y, no obstante, los tribunales tienen que decidir. No pueden hacer depender sus decisiones de que se les ocurra algo iluminador, ni siquiera de que estén seguros de cómo se deba decidir. ¿Cómo sucede esto?

Formalmente los tribunales se comportan de manera que su decisión (que sin lugar a dudas se realiza dentro del derecho) se determine sólo por el derecho vigente. La decisión lo que pretende es que se la considere o como conocimiento o como aplicación del derecho. El derecho contiene suficientes reglas (por ejemplo, las de las cargas de la prueba) para garantizar que esto es posible en todos los casos. Por consiguiente no se puede poner en duda que esto es posible, además de que se puede comprobar en los textos elaborados. Sin embargo, así todavía no se ha contestado la pregunta más trascendente ¿cómo es esto posible?

Un sociólogo debería preguntar concretamente: ¿mediante qué se sustituyen las determinaciones sociales de la decisión jurídica: por ejemplo, las consideraciones sobre el status social de los involucrados o sobre la red social de sus relaciones? La respuesta -y aquí hay que pensar en la tonalidad del critical legal studies y de sus paralelos neomarxistas- usualmente es: no se sustituyen. Hoy, como antes, esas determinaciones son efectivas. Pero esta respuesta es muy precipitada o, en todo caso, hecha sin ninguna comparación histórica. Independientemente de lo que se quisiera encontrar y hacer evidente con un "latent structure analysis" o con un simple reatribuir causas a las manifestaciones, [578] queda la pregunta: ¿qué determinaciones sociales son necesarias (o que satisfagan las exigencias), para asegurar socialmente la independencia y la prohibición de la denegación de la justicia?

Contestamos: la organización y la profesionalización de la competencia jurídica.

La sociología dominante del derecho ve ya en esto los límites del sistema del derecho. Según ello, el sistema está diferenciado por la organización y por la profesionalización. El acceso al sistema estaría situado en los procedimientos organizados y en la asesoría profesional efectiva en el sistema. Sin embargo, si se abandona este concepto y se le sustituye por una comprensión puramente operativa de la formación del sistema y de la

[578]Una reatribución sería, por ejemplo, que el movimiento humanitario en contra del trabajo infantil en el siglo XIX, en verdad, habría servido a refortalecer la gran industria y a excluir la competencia de las pequeñas empresas. Lo mismo podría sostenerse para las imposiciones de la política ecológica de este siglo.

circunscripción de los límites,[579] entonces los fenómenos de la organización y la profesionalización dejan libres espacios para introducir ampliaciones teóricas. En la conceptuación usual se dirige la mirada a las influencias latentes de la sociedad sobre el sistema del derecho: sobre todo aquellas que vienen condicionadas por la estratificación. ¿Cómo se podrían pensar otras fuentes de determinación? Si se toma como base un concepto ampliado de sistema, en el sentido del constructo de la autopoiesis, se ponen en la mira fuentes muy distintas de determinación del espacio libre de la decisión: precisamente la organización y la profesión.

El hecho de la "organización" repercute primero en que los jueces, por razón de que son miembros de la organización, están obligados a trabajar. De ellos se espera (parte por control del servicio, parte por los mismos colegas) que cumplan con sus tareas.[580] De este modo queda vinculada una estructura temporal: una después de la otra. Así resultan citaciones en las que la interacción queda concertada. Membrecía en la organización quiere decir también que el comportamiento interactivo tiene límites que si se transgreden hacen surgir una queja de servicio. Organización significa que los errores se deben mantener en el marco de lo que es "jurídicamente aceptable". Uno puede rebelarse en contra de la opinión prevaleciente, provocar a los tribunales superiores -siempre y cuando se haga con argumentos aceptables. (Adelantándonos, vemos ya en esto una cooperación mutua y necesaria entre organización y profesión). Si los tribunales superiores no dan la razón, uno no puede estar defendiendo siempre la misma opinión discrepante -sólo para obligar a las partes a que apelen caso por caso. Se puede mandar un globo de sondeo hacia arriba, siempre y cuando haya conformidad en caso de que reviente. Finalmente, organización quiere decir que existen puestos diferentes, sueldos diferentes, es decir: carreras. Según sea el lugar y el modo en el que se decide sobre la carrera (que siempre es el resultado de una efectuación mutua entre autoselección y heteroselección), entran en consideración opiniones y motivaciones laborales que rebasan lo que se puede esperar de un miembro de la organización.

Por otro lado, la organización es importante porque filtra las repercusiones que tienen sobre los ingresos y la posición del juez las decisiones que ha tomado. El juez puede sobrevivir a las campañas de prensa sin perder su posición y sin que experimente daños económicos. *Y, sobre todo, a la luz de la importancia que tienen en la praxis moderna los cálculos de las consecuencias, es decisivo que al juez no se le responsabilice por las consecuencias de sus decisiones*. La organización cubre el riesgo que aquí se corre.[581] De

---

[579]Véase capítulo 2, V.

[580]En ello se encuentra también un alto grado de autorregularización de los tribunales respecto de su propia carga de trabajo -llegan incluso a la posibilidad de rechazar soluciones de posibles problemas, en atención a las consecuencias de sobrecarga de trabajo de los tribunales y de todos los demás participantes en el procedimiento. Al respecto con mucho material Lawrence M. Friedman, Legal Rules and the Process of Social Change, Stanford Law Review 19 (1967), pp. 786-840 (797 y ss.)

[581]Volveremos sobre ello en el capítulo final.

manera muy complicada, la irresponsabilidad que garantiza la organización facilita el que se tomen decisiones.

Desde el punto de vista de la pregunta por la determinación de las posibilidades que hacen posible combinar 1) independencia, 2) dependencia del texto jurídico (compromiso frente al derecho vigente) y 3) el hecho de que no sea válido denegar la justicia; organización y profesión son equivalentes funcionales. Resulta comprensible que si se hiciera una comparación regional se encontrarían formas de organización y expresiones profesionales muy diversos.[582] Es plausible que en el transcurso del tiempo se desplacen la importancia relativa de la lealtad a la organización y de la solidaridad profesional - actualmente esto corre en dirección de la dependencia de organizaciones jurídicas de muy diversas características.[583]

Con frecuencia se ha descrito, de modo diferenciado, la relevancia del significado de las profesiones y la profesionalización del trabajo jurídico, como formas de reglamentación de la vida social [584] Por eso, podemos ahorrarnos las repeticiones. Si se consideran la realidad y las investigaciones sobre la actividad de los tribunales que se hace posible por razón de la independencia y por la forzosidad de decidir, entonces llaman la atención dos características: el prestigio del experto que le permite al jurista operar en el marco altamente selectivo de lo jurídicamente relevante -rechazando todos los deseos de los clientes o de las partes en litigio, que él considera que lo exceden.[585] Y la capacidad de establecer relaciones formales y pacíficas entre colegas, aun cuando entre los clientes se haya perdido el control del litigio.[586] Por cierto, la función referida a los tribunales presenta dos caras -la segunda cada vez se vuelve más importante: una, los juristas (abogados y jueces mismos) preparan la decisión formal del litigio; otra, en el marco de la praxis cautelar se ocupan de formular los instrumentos jurídicos de tal suerte que no se llegue al litigio. Es, sobre todo, en los bufetes (entre los abogados de las organizaciones particulares o del

---

[582]Un objeto importante de los estudios comparativos sociológicos, sobre todo, en el campo de la profesión jurídica. Véase, p. Ej., a Dietrich Rueschemeyer, Juristen in Deutschland und den USA, trad. alem., Sttutgart 1976; D.N. MacCormick (ed.), Lawyers in Their Social Setting, Edinburgh 1976; o para particularidades regionales a Brian Abel-Smith / Robert Stevens, Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965, Londres 1967; John P. Heinz / Edward O. Laumann, Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar, Nueva York 1982. Respecto a abogados hindúes, se encuentra material en: Law and Society Review 3 (1968), cuaderno 2.

[583]Faltan investigaciones empíricas suficientes y aun las hipótesis. Sin embargo, se podría reflexionar sobre si la oposición a los regímenes refuerza el respaldo de la profesión y si, por otro lado, las crecientes tareas cautelares unen más a la organización, cuyos intereses no sólo se defienden en las controversias abiertas, sino también en aquello que se lleva a cabo por precaución. Además, el crecimiento espectacular de la plantilla de personal en la profesión puede que refuerce la presión a la competencia y, de este modo, también a depender de la organización.

[584]Sobre todo, desde la ponencia trascendental de Talcott Parsons, The Professions and Social Structure, Social Forces 17 (1939), pp. 457-467, reimpr. en ídem., Essays in Sociological Theory, Nueva York 1949.

[585]Se requiere de una investigación especial para saber hasta dónde estos conocimientos de los expertos determinan, como conocimientos jurídicos, de hecho, la práxis y si no son más bien decisivos los conocimientos organizacionales y del medio, la capacidad de establecer relaciones y rutinas. Una hipótesis en esta dirección en Robert L. Kidder. Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory, Eglewood Cliffs N.J. 1983, p. 240 y ss.

[586]Que esto tiene también su cara social que va más allá de la profesión, los muestran los “bailes anuales” de los abogados en las ciudades de provincia.

servicio público) que prevalece esta actividad profiláctica.[587] Para los sociólogos no debería ser ninguna sorpresa que también en la abogacía se refleja la estratificación social (aunque en menor escala): por ejemplo en la forma de diferentes niveles de ingresos o por razón del rango social del tipo de clientes.[588] A pesar de toda sensación subjetiva de independencia, puede que el abogado cultive contactos en relación a puntos centrales en los partidos políticos.[589]

Si se atiende al lado operativo de la autopoiesis del sistema del derecho y no tanto el lado institucional, entonces la influencia de la organización y la profesionalización respecto de lo que se comunica (o deja de comunicar) se erige como la zona limítrofe que circunscribe la verdadera actividad jurídica. Protegido por la organización y la profesionalaización, el tribunal hace la presentación de su propia decisión como interpretación y aplicación del derecho vigente que transforma el derecho vigente.

Finalmente, los procedimientos judiciales operan en esta misma dirección:[590] comienzan aceptando con cuidadoso esmero la inseguridad de la decisión. De esta manera seducen a la colaboración, especifican roles, determinan las aportaciones, delimitan los puntos conflictivos, hasta que la decisión aparece como un resultado "lógico" del procedimiento jurídico. Con la condición de que los participantes cooperen, se pueden absorber las protestas; con la consecuencia de que una vez que se ha decidido sólo es posible impugnar en la medida en que lo permitan los mismos medios jurídicos. Y fuera de esto, sólo por el camino de la política se le puede sugerir al sistema del derecho un cambio en el derecho vigente.

VIII

Si uno se orienta sólo por el sistema de la sociedad, entonces la diferenciación entre centro y periferia parece ser una forma de diferenciación antigua y seguramente premoderna. Se piensa en la diferenciación entre ciudad y campo -e inmediatamente la

---

[587]Por lo demás, esto parece también ser vigente para la demanda de las capacidades profesionales. Véase, al respecto, Curran op. cit, p. 161, tabla 427.

[588]Aunque esto no siempre tiene que expresarse en diferencia de rangos. Existen también, si se puede decir así, diferencias cualitativas entre los bufetes. Recuerdo el olor de las botas bien engrasadas en un bufete en donde, debido al origen noble del abogado, se atendía principalmente a terratenientes de los alrededores rurales.

[589]Investigaciones en Washington muestran, sin embargo, que aquí existen más bien tendencias a la especialización de los contactos y a la independencia profesional de los abogados -incluso en las estadísticas más recientes. Véase Robert L. Nelson/John P. Heinz, Lawyers and the Structure of Influence en Washington, Law and Society Review 22 (1988), pp. 237-300, y ahí referencias a otras publicaciones sobre esta investigación.

[590]Al respecto con más detalles Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969), reimpr. Francfort 1983. Hay que agregar que la critica atribuyó demasiada importancia al alcance de las tesis de este libro. No se trata aquí de la difundida tesis de la “procedualización” del derecho, por consiguiente, tampoco de que si (o cómo) con ayuda de las condiciones del procedimiento, se debería lograr “el descubrimiento de la verdad” (como antes decían los procesualistas), o el reconocimiento de las pretensiones razonables de validez. De ninguna manera se trata del proceso de la decisión misma, sino únicamente de las condiciones básicas para que la disputa social (aun la disputa con altas implicaciones económicas, morales o políticas) pueda llevarse del todo a término. Y sin esta ayuda sería imposible para el sistema de derecho imponer la prohibición de la denegación de justicia.

geografía distrae.[591] Con esto se constata, con toda razón, que hoy en día la diferenciación del sistema de la sociedad no corresponde ya con el esquema centro periferia -a no ser que la sociedad se defina exclusivamente bajo la óptica del desarrollo económico y tecnológico[592] (aun en ese caso se hace referencia a la poca estabilidad geográfica de tales centros).[593] Todo habla a favor de que las división de la sociedad mundial en centros y periferias se rige (y se ordena) por la forma dominante de la diferenciación por funciones.

Sin embargo, esto no excluye (sino más bien facilita), el que la forma de diferenciación entre centro y periferia llegue a florecer de nuevo dentro de los sistemas de funciones; es decir: en la medida en que la forma jerárquica se manifiesta como un fenómeno muy restrictivo. Si este es el caso, entonces el resultado que concierne al sistema del derecho no es una caso singular. El análisis puede también apoyarse comparando desarrollos correspondientes en otros sistemas de funciones.

En el sistema de la economía existen estructuras semejantes. Aquí el manejo de la paradoja le incumbe a los bancos.[594] Sólo ellos tiene la posibilidad de vender sus propias deudas con ganancias; sólo ellos se enfrentan al problema de que deben estimular la economía al recomendar, al mismo tiempo, que se ahorre y se gaste. La función de los bancos radica en una situación elemental: las transacciones económicas operan con pagos y cada pago (que tiene un valor monetario) produce, al mismo tiempo, solvencia e insolvencia. Los problemas de tiempo que resultan de allí se compensan mediante promesas de pagos. Por lo tanto los bancos prometen el reembolso de lo que se ha aportado y se dejan prometer el pago de ese crédito; de esa diferencia obtienen una ganancia: es decir, con eso se mantienen a sí mismos. A esto se le une a los bancos la función de aumentar la cantidad de dinero, i.e., la paradoja de que en la economía la cantidad de dinero se trata simultáneamente como suma constante y como variable. Esto funciona en el contexto de condiciones marginales que, sobre todo, el banco central observa.

Igual que en la teoría del derecho, tampoco en la economía se le ha prestado la suficiente atención a esto. Se sospechaba desde hace mucho que los puntos centrales del sistema estaban referidos al comercio y, desde del siglo XIX, que estaban también referidos a la producción orientada por el mercado. Con esto se descuidó la teoría monetaria. De hecho, los bancos de depósito (y en esto sí se distinguen de los tribunales) son un tipo de organización relativamente nuevo. Todavía en el siglo XIX la creación de dinero se llevaba a cabo a través del endeudamiento del Estado. Mientras que los tribunales marcaron, en

---

591Para la extensión a los grandes imperios y su autodescripción como centro del mundo cf. por ej. Mircea Eliade, Traité d'histoire de religion, París 1963 ; Hans Peter Duerr (ed.), Die Mitte der Welt, Francfort 1984.

592Esto es válido precisamente para los análisis históricos del sistema mundial capitalista de Immanuel Wallerstein, a los que se ha prestado mucha atención.

593Véase, por ejemplo, Edward A. Tiryakian, The Changing Centers of Modernity, en : Erik Cohen y otros (ed.), Comparative Social Dynamics: Essays in Honor of S.N. Eisenstadt, Boulder Col. 1985, pp. 131-147.

594Cf. Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Francfort 1988, sobre todo, pp. 144 y ss; Dirk Baecker, Womit handeln Banken?, Francfort 1991.

cierto modo, el inicio del proceso de diferenciación del sistema del derecho, los bancos (en el sistema de la economía) se entienden más bien como la culminación: como la generación de una autopoiesis incontrolable (aunque capaz de ser incitada y, por supuesto, destruida) en el ámbito de los mercados financieros.

En la medida en la que el cálculo racional de la inversión (y habría que agregar la especulación) ya no se sustenta únicamente en fondos propios, sino en una mezcla de fondos propios con créditos, el sistema bancario se desarrolla como el centro del sistema de la economía. Sólo así la economía hace justicia a la complejidad sistémica que ha alcanzado. La producción, el comercio, el consumo son parte de la periferia del sistema que, como en el sistema del derecho, no excluye los enlaces circulares -los presupone. También se puede trazar una paralelismo con el sistema del derecho, en el sentido de que sólo el sistema bancario está estructurado de manera totalmente jerárquica por medio de la diferenciación entre banco central/bancos comerciales/clientes. Mientras que la producción y el comercio sólo constituyen jerarquías a través de organizaciones singulares, pero no como sistemas de funciones.

También en el sistema político se encuentran condiciones semejantes. El centro del sistema se encuentra ocupado por la organización estatal. A ésta le incumbe la producción de decisiones que vinculan colectivamente. Allí se tiene que disolver la paradoja de la soberanía en el sentido de que la expectativa que está detrás de la palabra "colectividad" debe comprometer también al que decide. Éste tiene que ser capaz de comprometerse pero, al mismo tiempo, tiene que se capaz de disolver el compromiso y cambiar su autodeterminación. En la actualidad esto se efectúa a través de la introducción de una distancia de tiempo mediante condicionamientos materiales (de preferencia procesales) o mediante requisitos mínimos de consenso político que son necesarios para el cambio.[595] Precisamente por eso, el Estado, como en el siglo XVIII, no es ya la sociedad civil misma y tampoco es el sistema político del siglo XIX. El Estado es únicamente el centro del sistema político que presupone procesos periféricos de las agrupaciones políticas y el disciplinamiento de los partidos, además de los procesos que generan consenso y median día con día los intereses que son relevantes para la política. Para poder cumplir con su función de proveedor, la periferia política dispone de mayor libertad que el Estado mismo. No debe darse el caso de que cualquier opinión, cualquier intento de presión, cualquier movida de ajedrez político cuaje en una decisión colectivamente vinculante. También aquí

[595]Para lo inimaginable de un compromiso tal, antes de la creación de las correspondientes organizaciones del Estado constitucional y de la creación de los partidos políticos cfr. Stephen Holmes, Jean Bodin: The Paradox of Sovereignty and Privatization of Religion, en: J. Roland Pennock / John W. Chapman (ed.) , Religion, Morality and the Law (Nomos XXX), Nueva York 1988, p. 5-45 (17y ss). El autocompromiso se había excluido de modo jurídico-natural del derecho natural con ayuda de una cita equivocada (cfr., cap. VI, nota 69) y, por eso, quedaron, como única salida, las teorías contractuales cuya paradoja estribaba en que el efecto obligatorio de tales contratos debía basarse en los contratos mismos. El contrato social original compromete de manera obligatoria con la religión, porque sacrifica, y porque exige la renuncia a la libertad. Véase al respecto Peter Goodrich, Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks, Londres 1990, p. 56 y ss.

lo opuesto debe ser facilitado como forma complementaria y para eso se llegó al descubrimiento de la diferenciación entre centro y periferia.

Para el mantenimiento de este orden lo decisivo es la conservación de la diferencia entre centro y periferia. Los límites internos del sistema quedan marcados por los cargos políticos de los funcionarios y dentro de esos límites, es como se reproduce el círculo del poder que puede irlos jalonando. De otro modo (si no hubiera centro y periferia) no habría ninguna diferencia entre gobierno y oposición, ninguna competencia por ocupar los cargos políticos. En una palabra: no habría democracia. Pero entonces se puede también ver al revés: la democratización de la política aumenta la complejidad del sistema a tal grado que el sistema se puede dar el lujo de tener una organización jerárquica en el "núcleo" del Estado y, como sistema unitario, debe tomar la forma de diferenciación entre centro y periferia.

Ejemplos de este tipo pueden multiplicarse, [596] pero debe ser suficiente con que se reconozca la forma. Los problemas de complejidad se resuelven al remitirse a formas de diferenciación "más primitivas": centro y periferia. No sería adecuado afirmar que el centro "representa" la unidad del sistema (como en el caso griego la ciudad representaba la cima de la vida buena y verdadera). No se trata de la representación de la unidad sino del despliegue de la paradoja del sistema. Para esto ayuda el recurrir a formas que no se pueden realizar como formas del sistema unitario: organización y jerarquía. Y como consecuencia de ello el desplazamiento a la periferia de funciones y procesos que son compatibles con el hecho de mantenerse abiertos a la variedad, a la adaptación y a las presiones del entorno. No todos los sistemas que se encargan de una función siguen este patrón de diferencia, aunque su idoneidad no acontece tampoco sólo en el sistema del derecho. Esta tipo de diferenciación, pues, tampoco se explica por las solas particularidades que se encuentran en el derecho

[596]Sólo para subrayar esto: en el sistema de los medios de masas existen algunos periódicos de prestigio que no sólo las élites leen con preferencia, sino que a sus temas y noticias se les presta mayor cuidado que aquellos que provienen de los periódicos sensacionalistas o de la televisión, debido a que los redactores y periodistas los toman más en cuenta. Sin embargo, el deslindamiento es poco nítido y cambiante. New York Times: sí; Der Spielgel: sí; (¿) Le Canard Enchainé (?)...

Capítulo 8
La argumentación jurídica

I

También la argumentación es una forma provista de dos lados. Naturalmente aquí no se trata de la diferencia entre argumentos buenos y malos, entre argumentos convincentes y menos convincentes, ya que ambos son argumentos. Para un entendimiento de la argumentación, más que nada es decisivo lo que con ella *no* se puede lograr, lo que *no* se puede conseguir. Y esto que no se puede alcanzar es mover el símbolo de la validez del derecho. Ningún argumento (ley, contrato, testamento, decisión legal), es capaz de cambiar el derecho vigente; ningún argumento es capaz de dar validez a nuevos derechos y obligaciones y con ello crear condiciones que, a su vez, pueden ser cambiadas. Este *no poder* sirve de descarga a la argumentación: la dispensa en vistas de otra clase de disciplina. Este depender de la validez es, al mismo tiempo, condición para que la argumentación jurídica se restrinja al derecho filtrado por el derecho y que no resbale con los prejuicios morales u otros prejuicios.[597]

Es claro que el movimiento de la validez y el de la argumentación jurídica no operan con independencia mutua, ya que entonces no se podría reconocer que se trata de operaciones de un mismo sistema. Estas dos operaciones se enlazarán a través de acoplamientos estructurales, es decir: *textos*. En la forma de textos, el sistema gana la posibilidad de coordinarse mediante sus propias estructuras, sin que con ello se vea en la necesidad de fijar de antemano el número (y la designación) de las operaciones que son necesarias para reutilizar determinadas estructuras, para citar determinados textos, para encontrarles una solución, para cambiarlos. Únicamente así se puede fijar y soportar la exigencia ideal de que para casos iguales, tratamientos iguales (justicia).

Justo porque los textos realizan el enlace de la argumentación con la validez del derecho, los textos tiene un significado excepcional para la argumentación jurídica -

[597]También Jürgen Habermas, en Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992, en especial p. 250 ss., 286 ss., sostiene una concepción parecida, con el importante argumento de que se debería asegurar que la argumentación jurídica también pudiese reaccionar a premisas diferentes a las premisas morales.

especialmente los textos jurídicos en el sentido normal y también en el especializado.[598] Los textos posibilitan la autoobservación simplificada. En el ducto normal de las decisiones, el sistema se observa a sí mismo no como sistema (-en-un-entorno), sino como una aglomeración de textos jurídicos que se remiten unos a otros. Como es sabido, los juristas denominan también a esto: "sistema". Últimamente se habla, con mayor laxitud, de "intertextualidad". Lo que se considera texto se reglamentará a través de la función con la que el sistema se representa dentro del sistema. Se puede tratar de leyes, de sus comentarios, pero también de decisiones de los tribunales o de otros documentos sostenidos con firmeza por la praxis jurídica.[599] Lo decisivo es que el sistema mismo pueda "actualizar" los enlaces internos y también, a través de estos enlaces, pueda restringir las posibilidades de cada operación actual. El hallazgo del texto relevante para tomar una decisión exige una competencia especializada y esto constituye un momento constitutivo (a menudo pasado por alto) de la capacidad jurídica.[600] Ya que sólo se puede interpretar y argumentar, después de que se han encontrado los textos convenientes.

Como observaciones de primer orden (en el nicho del derecho) se podría decir: las operaciones del sistema ganan, con los textos, una seguridad (relativa) al decidir correctamente sobre los casos, o al menos al informar correctamente (al poner, pues, a disposición la perspicacia jurídica). Las operaciones se dejan guiar por la idea de que el derecho se aplica a través de normas consumadas en forma de textos específicos. El derecho vigente es razón suficiente para decidir en el sentido del derecho. El sentido literal del texto es lo indispensable. La interpretación será después entendida como racionalización posterior del texto, o como cumplimiento de la premisa de que el legislador mismo ha decidido racionalmente.[601] Las doctrinas antiguas acerca de la interpretación partían del hecho de que el texto permanecía idéntico al ser interpretado. Y aun hoy se lee: "La interpretación se entiende como el poner de manifiesto *lo mismo*, sólo que en otros símbolos".[602] Por cierto que la identidad de los fundamentos del texto es cosa de interpretación (a no ser que se tenga por suficiente la pura materialidad del texto). Por esta razón, en la actualidad la interpretación se entiende, en primer lugar, como producción de

---

[598]Robert S. Summers / Michaele Taruffo, Interpretaction and Comparative Analysis, en: D. Neil MacCormick/ Robert S. Summers (editor), Interpreting Statutes: A Comparative Study, Aldershot Hants. Ingl. 1992, pp.. 461-510 (481 s.) ofrecen todavía más razones prácticas para este predominio, es decir, para la fácil disponibilidad de los textos en comparación con las referencias de otros medios de argumentación y la dificultad de su refutación.

[599]Para las decisiones de precedencia de la Common Law, Michael S. Moore, Precedent, Induction, and Ethical Generalization, en: Laurence Goldstein (editor), Precedent in Law, Oxford 1987, pp. 183-216, impugna el que siquiera se trate de textos. Sin embargo, entonces permanece como procedimiento interpretativo únicamente la generalización inductiva libre. El autor tiene esto como propósito — véanse también sus argumentos contra un escepticismo moral teórico en Michael Moore, Moral Reality, Wisconsin Law Review 1982, pp. 1061-1156 —, pero los resultados, para la praxis del derecho, no son convincentes, sino más que nada muestran las ventajas de toda argumentación, de apegarse al texto.

[600]Hay que recordar que los antiguos *tópicos*, todavía crecientes en culturas primordialmente orales, habían enfatizado precisamente esta "inventio" totalmente en contraste a lo que actualmente se recomendaría como "tópico".

[601]Con una formulación más fuerte podríamos decir: como alguien que obtuvo la verdad a partir de falsas premisas, el legislador ha decidido racionalmente.

[602]Así Josef Simon, Philosophie des Zeichens, Berlín 1989, p. 232.

nuevos textos con base en los viejos; como ampliación de los fundamentos del texto, con lo que, posteriormente, el texto de salida servirá únicamente de referencia. En cualquier caso la interpretación es la producción de más texto.

Ambas versiones -la forma invariante de la interpretación y la ampliación y creación del texto dentro del texto- pueden ser puestas en operación en el nivel de observación de primer orden. En cambio, a la argumentación jurídica se llega sólo en el nivel del observación de segundo orden, es decir, después de que surge la pregunta de cómo se debe manejar el texto en la comunicación.[603] Sólo en el plano de la observación de segundo orden se llega al establecimiento de reglas como la de que los textos no se deben entender de manera literal, sino conforme a su sentido intrínseco.[604] Entonces uno al observarse a sí mismo (o a otros) en la lectura de los textos, se tropieza con dudas. La ocasión de estas dudas es, en la mayoría de los casos, el hecho de que la decisión que fue tomada, resulta insatisfactoria -ya sea porque no armoniza con los intereses propios, o porque las consecuencias de esa decisión no se pueden atribuir seriamente al autor del texto. Entonces, en vistas de las diversas posibilidades, se debe buscar la argumentación convincente; se debe encontrar la razón, la regla decisiva que subyace al texto para fundamentarla.[605]

En la interpretación del texto es ya posible colocarse en el lugar de una observación de segundo orden, cuando se formula la pregunta (que sería suficiente): ¿qué es lo que texto quiere decir?[606] Allí, el texto debe ser tomado como comunicación; y la supuesta racionalidad del texto, como racionalidad de la intención que crea el texto (el legislador).[607] Sin embargo, la teoría de la argumentación jurídica va más allá: evalúa los argumentos en vistas del poder de convencimiento en el proceso comunicativo, en vistas también de la

---

[603]De forma muy parecida también lo aplica Jürgen Habermas para, después de esto, referirse a la comparación. También en su punto de vista, que coincide con el de Max Weber, los textos jurídico-positivistas vigentes reemplazan primeramente a la argumentación. "El efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un desplazamiento de los problemas de fundamentación, es decir, en que el manejo técnico del derecho queda descargado, *durante largos tramos*, de problemas de fundamentación; pero no en la *eliminación* de esa problemática": (Theorie des kommunikativen Handelns, Francfort 1981,T. I, p. 354) Pero después se separan los caminos. El jurista va a concebir el déficit argumentativo como la necesidad de una *interpretación de los textos*, para lo cual, después, deben darse razones ulteriores. Para Habermas, al contrario, el problema reside en que la "legislabilidad" (Gesatzheit) *misma aún requiere una argumentación*, y esto no de manera formal o funcional (ya que no es posible sin textos), sino en cuanto al contenido, en atención a criterios post-convencionales todavía negociables. Pero con esto Habermas significativamente va mas allá de lo que, como responsabilidad júridica del derecho se practica (y puede ser practicado) para llegar con prontitud a una decisión.

[604]Véase a Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 2a. Ed. París 1697, T. I , p. XCII; y para la discusión actual: François Ost / Michael van de Kerchove, Entre la letre el L'esprit: Les directives d'interpretation en droit, Bruxelles 1989. Stanley Fish se dio a conocer a través de los duros ataques contra esta regla; sin embargo, esto finalmente solo puede significar que cada trato con textos en situaciones concretas tiene lugar con restricciones específicas; de donde no se deduce que las interpretaciones textuales y conforme al sentido no se puedan distinguir. Esto [se refiere] a: Stanley Fish, Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies, Oxford 1989.

[605]Neil MacCormick, Why Cases Have Rationes and What These Are, en : Laurence Goldstein (comp.), Precedent in Law, Oxford 1987, p. 155-182 (161), denomina esto acertadamente "second-order justification".

[606]En la teoría alemana del derecho se habla aquí de enseñanzas "subjetivas" de interpretación.

[607]Para esto compárese con François Ost/Michael van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruxelles 1987, p. 97 ss., 355 ss., en especial 405 ss.

capacidad de imponerse en la comunicación.[608] Esto se puede evaluar fácilmente en muchos casos: en el decreto está únicamente registrado que el perro debe estar sujeto a la correa; nadie pondría en duda que el dueño también tiene que estar sujeto a la correa, sólo que del otro lado. Sin embargo, a menudo las dudas se resuelven sólo anticipando la comunicación. Esto presupone que la comunicación es un proceso que se observa a sí mismo e instala para ello una observación de segundo orden. Se acepta la premisa de un preentendimiento de un texto que ha sido previamente dotado de sentido racional, sin que necesariamente se tenga que atribuir al autor del texto (que en realidad no se puede observar) toda la intencionalidad. Escoger como modo de argumentación la intención del legislador es algo que sigue siendo posible, pero es sólo una forma argumentativa entre otras.

Las distinciones primarias con las que el derecho observa y evalúa argumentativamente sus propios decretos no se dejan reducir a una fórmula única, debido precisamente a la dependencia del texto. Se trata, por una parte, de *errores* que se cometen en la lectura de los textos que representan el derecho vigente y, por otra, de *razones* que se tienen para optar por una u otra interpretación. Que en la argumentación jurídica se trata únicamente de este segundo caso (por consiguiente de un proceso de fundamentación) es algo que para los juristas está ya decidido con el *concepto* de argumentación -y no necesita ninguna reflexión posterior.[609] Por el momento debemos permanecer en esta forma de observación, ya que normalmente lo que se firma como "teoría de la argumentación" no va más allá de este nivel de observación. La teoría de la argumentación se preocupa sólo por la ganancia de cualidad en este plano.

A primera vista llama la atención que se trata de una dualidad cualitativa parecida a la de placer (razones) y disgusto (errores). En esto no se trata de una relación simétrica de intercambio en la que uno de los lados se pudiera crear con la simple negación de lado correspondiente. La evitación de los errores no alcanza a ser una buena fundamentación, y las buenas fundamentaciones pueden contener errores lógicos -aunque esto no se acepte con gusto.[610] Cada componente de este dual es a su vez una forma del acto de observar, esto es una distinción. Esto se reconocerá con prontitud en el caso de los errores. En lo tocante a éstos se pueden distinguir argumentos erróneos y argumentos sin error. En los argumentos erróneos se puede distinguir entre argumentos que van crasamente contra la lógica o en premisas fácticas que son insostenibles. Aquí (y sólo aquí) la lógica juega un papel de instrumento de vigilancia y control de los errores, ya que al describir la distinción razones/errores en calidad de dualidad cualitativa (irreductible), implícitamente contiene una afirmación acerca del rol de la lógica en la argumentación jurídica. La lógica no puede ser

---

[608]Normalmente se diría: poder de convencimiento para otros participantes en la comunicación. Pero de qué manera se comprobaría, a no ser a través de la comunicación misma.

[609]Véase a Gerhard struck, Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlín 1977; Robert Alexy, Theorie der juristischer Argumentation, Francfort 1978.

[610]Esto se da también en la posterior prueba lógica de los argumentos científicos teóricamente exitosos.

utilizada en la fundamentación de las decisiones, pero tampoco se puede decir que carece de todo significado: la lógica tiene otra función, se refiere a otra forma.

Es más difícil hacer afirmaciones sobre las razones, si se usa la forma que debe contener dos lados. Porque ¿cuál es el otro lado de una razón? ¿Una no-razón? ¿Se pueden traspasar los límites de la forma para llegar al otro lado en el que no existe ninguna razón, para luego quedarse allí? ¿No será este otro lado sólo el "valor de reflexión" que hace posible la contingencia de todo lo fundamentable, o incluso que expresa la infundamentabilidad de todo fundamento? ¿Por tanto, no será este valor de reflexión el que hace posible reflexionar la paradoja del fundamentar? Y si esto fuera así, ¿no tendría esta forma de observación de primer orden la desventaja de confrontar demasiado rápidamente (¡demasiado rápidamente!) a la argumentación jurídica con su propia paradoja?

De cualquier manera, vemos que el argumentar (y en su ayuda vienen las teorías usuales de la argumentación) se conforma con una *distinción de suplencia* que no sólo invisibiliza la paradoja, sino que introduce confusiones: la distinción de buenas/malas (o para ser cortés) menos buenas razones. Esta distinción desencadena la pregunta acerca de los criterios con los que se reconocen las razones buenas (o menos buenas). Y con ayuda de esta pregunta sobre los criterios, la teoría de la argumentación se coloca dentro del acontecer de la argumentación -se entiende que del lado bueno. También los criterios deben en verdad estar fundamentados. Para esto sirve el constructo de la "razón" a la que se le atribuye la propiedad de poder fundamentarse a sí misma.

Estas estructuras, junto con sus peculiares autologías (la razón es racional: ella es su propio predicado), son tan transparentes que, dentro de este contexto, no hay mucho que decir: queda tan sólo bañarse en ellas y gozarlas... Independientemente de otras muchas consideraciones, este contexto de racionalidad es una de las adquisiciones más aseguradas del pensamiento moderno. En el campo del control lógico de los errores se debe creer, como antes, que los axiomas de la lógica se pueden introducir unilateralmente, sin tener que considerarlos como componentes de ciertos cálculos (que pueden ser reemplazados por otros cálculos). En el campo del control empírico de los errores hubo que partir, de aquí en adelante, de las ciencias naturales clásicas. Estas ciencias presuponen leyes objetivas comprobables y no conocen ninguna red circular de observación (científica) mediante la cual pudieran construir realidad.[611] En el ámbito de la argumentabilidad misma se debe renunciar a tomar en cuenta la erosión de todos los principios y a su reemplazo a través de las paradojas o a través de distinciones de salida. Para eludir estos problemas, la teoría de la argumentación fundamentada se traslada, cada vez más, a los principios

---

[611]Acerca del significado de este cambio de paradigma para los conceptos aplicados de las normas del sistema del derecho y acerca de la necesidad de tomar en cuenta los "riesgos epistemológicos" en la argumentación jurídica, véase a Karl-Heinz Ladeur, Alternativen zum Konzept der "Grenzwerte" im Umweltrecht — Zur Evolution des Verhältnisses von Norm und Wissen im Polizeirecht und im Umweltrecht, en: Gerd Winter (editor), Grenzwerte: Interdiziplinäre Untersuchungen zu einer Rechtsfigur des Umwelt-, Arbeits- und Lebensmittelrechts, Düsseldorf 1986, pp. 263-280. Comparar también, idem., Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganization – Prozedualisierung, Berlín 1992.

procedimentales.[612] Entonces, lo que aparece como "teoría de la argumentación" consiste, en esencia, en recomendar argumentos para los procedimientos adecuados, sin que se tenga ya cuidado sobre la manera en la que los juristas argumentan realmente en las situaciones prácticas.[613] Entretanto existe una amplia discusión sobre la "procedualización" -la discusión es, a su vez, partidaria de este programa.[614] No se trata de un cambio de la teoría hacia el método -al menos en el sentido de que la seguridad de los pasos esté garantizada y que el orden del los argumentos pudiera establecerse de antemano, con lo cual se alcanzaría una meta que ha sido puesta adelante. Como en la vieja retórica, mucho de la destreza y de la decisión se deja al momento, o simplemente al azar.

Decisivo es más que nada la inclusión del tiempo y la secuencia, la inclusión de la estrategia y el aprendizaje en la definición de la situación. También los principios que se presentan a la antigua usanza, lo hacen crecientemente en calidad de reglamentos que encubren comportamientos. Cuando, por ejemplo, Klaus Günther recomienda la "proporcionalidad" como principio de prueba de la norma en situación de aplicación, comprende con ello la regla de imparcialidad y la consideración de *todas las circunstancias* de la situación.[615] Sin embargo ambas ya no están consideradas como criterios, sino sólo como procedimientos -como procesos de comportamiento para decidir sobre decisiones inciertas en cuanto al contenido, o todavía delimitables. Llama la atención además que la plausibilidad de dichas reglas choca con frecuencia con su inaplicabilidad: ¿Cómo podrían ser tomadas en cuenta *todas* las circunstancias de la situación? ¿Y por qué sólo de la situación?[616]

Todas estas teorías se deslizan sin causar ninguna impresión en la argumentación jurídica tal como se lleva a cabo en la realidad. La argumentación jurídica se nutre de la diversidad de los casos y con ello logra una alta especificidad que no se deja disolver en principios generales como el de la justicia. La argumentación jurídica alcanza una alta sensibilidad por los problemas y por la distinguibilidad, sin que se entienda a sí misma como "método" (ya que esto crearía diferencias inútiles de opinión), sino como el hacer visible de modo operativo las diferencias.[617] La teorías éticas (de cualquier tipo) y los análisis

---

[612]Compárese con Rudolf Wiethölter, Materialization and Procedualization in Modern Law, en: Gunther Teubner (editor), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlín 1986, pp. 221-249; Klaus Eder, Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalität, Zeitschrift für Rechtssoziologie 7 (1986), pp. 1-30; y ahora: Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, en el lugar citado (1992).

[613]"Sin que se lleve mucho tiempo el campo de trabajo y el inventario jurídico", como Josef Esser remarca en Juristischer Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts, Heilderberg 1979, p. 12, acerca de Alexy, en el lugar citado, (1978).

[614]Véase, p. ej., la aportación de Klaus Eder y de Karl-Heinz Ladeur en: Dieter Grimm (editor), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990.

[615]Véase a Klaus Günther, Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Francfort 1988.

[616]Esta objeción de la impracticabilidad es válida, naturalmente, sólo cuando se excluyen argumentos circulares, y esto se constata solamente en vistas de una decisión reflexionada, lo cual sería, en esta situación, parcial ó imparcial -característica de la situación que habría que tomar en cuenta.

[617]Aquí me refiero a una discusión del libro de D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (editor), Interpreting Statutes: A comparative Study, Aldershot Hants. UK 1992, con jueces. El análisis comparativo opera en un nivel de observación de segundo

económicos (últimamente de moda) no llegan a comprender los puntos de vista de la argumentación jurídica en la praxis.[618] Es cierto que la argumentación jurídica se desliza a menudo sobre conceptos generales como el de culpa, responsabilidad civil, contrato, enriquecimiento ilícito. Pero estos conceptos viven porque se les reutiliza en contextos muy distintos y porque posibilitan que, en un metacontexto confiable, se introduzcan razones concretas de la decisión; aunque estos conceptos no se pueden utilizar así sin más en la argumentación jurídica, sin que preceda una explicación. Aquí, la conclusión analógica constituye el puente entre la diversidad de los casos.[619] Con la conclusión analógica se conservará la experiencia de los casos y de las expectativas ya fijadas que de nuevo se confirman; al mismo tiempo, se estará pendiente, con reserva, de las nuevos contextos - y cuando éstos no sean convincentes, se tomarán como razón para reconocer lo novedoso, o para ejercer el derecho de construir reglas para situaciones todavía no reglamentadas.[620] La argumentación jurídica puede considerar como "razonable" el producto de su ocupación, pero esto no quiere decir que ella deduzca a partir de principios de razonabilidad y tampoco quiere decir que se refiera a una potencial de pensamiento que está disponible en todos los seres humanos. Esto es lo que Coke quiso decir en la réplica -que se hizo mundialmente famosa- en la que rechazó el nombramiento de su rey (James I). Coke invocó su propia razonabilidad: debe de haberse tratado de una "razón artificial", es decir, de una experiencia y competencia profesional.[621]

Quien entienda el fundamentar como el sostenimiento sobre razones, se verá obligado a fundamentar también las razones. El que tiene razones para fundamentar, necesita principios sólidos.[622] El que fija principios, en última instancia tiene que remitirse al entorno del sistema en donde esos principios son reconocidos. Esto sobre todo es valido cuando los principios se complementan con la "moral", la "ética" o la "razonabilidad". Cuando una teoría de la argumentación está establecida de esta manera, no se puede aceptar la tesis de la clausura operativa del sistema del derecho y tenderá a apoyarse en razones de la praxis

---

orden y por ello distingue *tipos* de interpretación metódica. La sensibilidad de casos de la praxis hace difícil clasificar estos tipos, a pesar de que se deja conducir del todo por consideraciones generalizadoras y por inclusiones recursivas de casos similares.

618 Véase, acerca de esto, ante todo, a Charles Fried, The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, Texas Law Review 60 (1981), pp. 35-58.

619 Una importante indicación sobre esto en: Melvin Aron Eisenberg, The Nature of the Common Law, Cambridge Mass. 1988, p. 83 ss. (94): Si se argumenta con la interpretación de una regla de decisión o con la analogía de caso, eso es equivalente y depende únicamente de qué tanto esté formulada de antemano una regla de decisión. Acerca de la enseñanza continental, véase ahora: A. W. Heinrich Langhein, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der metodologischen Grunlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert, Berlín 1992.

620 En general, debería de reconocerse que el argumentar usando analogías es un principio lógico que no se necesita justificar, y que más bien es un principio conservador. "The very proces of reasoning by analogy facilitates relative stability in the law", se lee en: F. James Davis et. al., Society and the Law: New Meanings for an Old Profession, New York 1962, p. 122. En otra terminología, igualmente esclarecedora, se podría decir también que la conclusión analógica media entre redundancia y variedad, y precisamente porque ella no está determinada lógicamente; según la audacia (ó según el resultado propuesto) puede tender más en una dirección, o más en la otra.

621 También véase este título reelaborado de la conferencia de Charles Fried, en el lugar citado.

622 También los especialistas en procedimientos, quines intentan evadir un compromiso tal, no llegan a evitar el nombrar principios de procedimiento o tomar a la razón misma como un principio al que se puede recurrir, [siendo] inatacable.

argumentativa misma -razones que hablan en contra de esta cerradura. Este movimiento mental se refuerza, a la vez, empírica y moralmente: esto podría aclarar la dureza en la discusión contra el teorema de la clausura operativa.[623] Pero pueden los principios renunciar a que ellos tengan que ser distinguidos? Y si no, ¿quién sino el sistema es el que se encarga de distinguir? Es también posible suponer que con los principios (proporcionalidad, adecuabilidad, ponderación de valores...) frecuentemente, si no siempre, se llegan a fundamentar decisiones contrarias y contradictorias. Entonces la declaración de principios no significa otra cosa que delegar hacia atrás el hecho del distinguir dentro del sistema. Finalmente el principio oculta, en su formulación estática, la temporalidad de las operaciones del sistema, la continua repetición y cambio, la condensación y la confirmación, el distinguishing y el overuling de la praxis cotidiana del sistema. Y esto sirve para simular unidad allí donde las reglas serán cambiadas con el paso del tiempo: ofrecer, pues, inconsistencia para la consistencia.[624] También cuando se parte del teorema de la clausura operativa del sistema del derecho, se puede tener en cuenta la utilización de principios en la praxis argumentativa. Como se aclarará en el transcurso de los análisis, los principios se podrían considerar como fórmulas de redundancia -fórmulas que parecen ser compatibles con los requerimientos de variedad del sistema.

En la medida en que se reconoce el anacronismo de creer en los principios y lo impracticable de fugarse hacia las directivas de procedimiento, no queda otra cosa sino la resuelta resignación al silencio al estilo de la escuela de Frankfurt; o la búsqueda de otras posibilidades de observación más ricas en estructura. Podría pensarse en hacer las pregunta por las "condiciones de posibilidad" de la argumentación jurídica y, al mismo tiempo, sustituir la autológica de la razón por un instrumental más fuerte y que cobre más distancia. Para que esto tenga éxito se debe indicar con suficiente precisión cómo (es decir: con qué distinción) habrá de suceder esto.

II

Si se mira lo que en el pasado, con pronunciados intereses teóricos, ha hecho carrera bajo la denominación de "teoría de la argumentación", se encuentra poco que sea útil.[625] Los estímulos que se toman en cuenta en la enseñanza del método jurídico trabajan con un ideario descontextualizado, antiguo (o a lo mucho, temprano moderno), echando mano de conceptos como tópico, retórica, dialéctica o, finalmente, hermenéutica. Además el contexto de estas enseñanzas está contemplado desde una cultura primordialmente oral o, a lo más, desde una cultura que reacciona con la duda sugerida por la misma escritura. Esta no es ya

623Acerca de esto véanse las diferentes aportaciones en el tomo 13 (1992), número 5 de la Cardoso Law Review.
624Esta reflexión se la debo a S. C. Smith.
625Para una visión general véase a Werner Krawietz, Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspective, en: Norbert Achtenberg et al. (editor), Recht und Staat im sozialen Wandel: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburstag, Berlín 1983, p. 347-390.

nuestra situación. Una segunda ola de teorías regulativas sobre el argumentar normativo fue desencadenado por el "linguistic turn" de la filosofía, aunque apenas si llegó a tocar la jurisprudencia - esta ola teórica se ha mantenido con una posición crítica, en la lejanía de la praxis. Por otro lado, no se ha ganado mucho al rechazar globalmente estos esfuerzos. Por eso tiene sentido el que busquemos otras posibilidades.

En primer lugar se necesita un concepto de argumentación que no contenga de salida la etapa de su fundamento, sino que ofrezca la oportunidad de preguntar por las condiciones de posibilidad y la función de la argumentación.[626] Por el momento permaneceremos en la autodescripción de la argumentación en el sentido de que ofrece razones poderosas y convincentes para la toma de decisión. Posteriormente será útil aclarar que estas razones se deben ofrecer para su repetida utilización. Tanto en los casos individuales, como en el momento de su descubrimiento, estas razones deben estar referidas a una red de consideraciones que vienen en apoyo. El caso individual se debe ubicar en un contexto de decisiones: anteriores y posteriores. Esto puede acontecer a través de construcción de analogías o mediante distinciones: por ejemplo, el problema actual tiene un sesgo diferente a todo lo que hasta el momento se había pensado. Ambos casos (construcción de analogías, distinción), en la argumentación jurídica (que se diferencia de las teorías de reflexión) no contemplan el sistema. La argumentación se desarrolla, usando una vieja terminología aristotélica, no *de toto ad ipsum*, sino de *parte ad partem*.[627] Esto quiere decir también, en términos de filosofía clásica, que uno se sirve de los exempla[628] -técnica de orientación sumamente favorable tanto en la retórica como en la pedagogía. Tales ejemplos se buscarán entre los casos que esperan para ser decididos, ayudándose de una versión muy peculiar: que no se deduzcan sistemáticamente. La construcción de reglas es el resultado -no la condición-, de esta manera de argumentar.

Precisamente porque el caso individual se comprende dentro de la red recursiva de la propia argumentación, no puede recurrir (ni adelantarse) al vacío. El caso individual presupone que ya antes hubo casos que se decidieron y que en adelante habrá casos que se decidirán. En este sentido (distinto al referirse a la unidad del sistema) la técnica del ejemplo argumenta también en forma sistemática. O si se quiere: ella se considera, en su nivel, como un aporte a la autopoiesis del sistema. La situación misma se transforma debido a su propia recursividad: ya que recurre selectivamente al pasado y a lo que habrá de suceder en el transcurso del tiempo. Únicamente bajo estos presupuestos es posible hablar de que reglas que se aplican repetidamente deben decidir sobre casos similares. Esto lo

---

[626]Una razón ulterior para este vuelco del concepto yace en la típica, débil y teleológica construcción conceptual: en ella no hay lugar para el error, para la corrupción, para el no lograr el objetivo. Y también la salida normal de adecuarse a la intención "subjetiva" del argumentador, lleva a conocidas dificultades; o sea, a la distinción entre propósito y motivo.

[627]Así los filósofos contra los teólogos en: Marius Salamonius de Alberteschis, De Principatu (1513), citado de la reimpresión de Milán 1955, p. 26. Compárese para los antecedentes de esta presentación en la que se concluye de parte a parte (hos méros pròs méros), sin hacer referencia a la obra aristotélica completa: Analytica prioria 69a 13-15.

[628]Así también una de las más impresionantes presentaciones de modos de argumentación de la Common Law: Edward H. Levi, An Introduction to Legal Reasoning, Universityof Chicago Law Review 15 (1948), pp. 501-574.

que muestra, mirando más de cerca, es que la repetición es un proceso significativamente más difícil y más diferenciado que el mondo acto de copiar.[629]

Las repeticiones se llevan a cabo en situaciones distintas. Los casos se construirán como casos comparables, a la medida de la exigencia de la justicia: tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual. Pero esta sonda habrá de introducirse en una realidad en la que cada situación concreta es diferente -y esto simplemente debido a que cada situación tiene que ver con otras decisiones que la preceden, con otra historia. Por eso las repeticiones están bajo la doble exigencia (en la que se refleja exactamente lo que la justicia exige): identificar reglas y confirmar esa identificación, a pesar de la no-identidad de la situación de cada caso. La repetición exige la condensación y la confirmación: reducir en identidades definibles y luego generalizarlas. Justo así procede la praxis de caso en los tribunales, tanto en lo que concierne a las precedencias como a la interpretación de la legislación de los textos.[630]

Por consiguiente, no se puede esperar como resultado de la argumentación lo que promete la teoría: que la praxis de los tribunales consiste en la aplicación de reglas sólidamente fijas (aunque se trate de la jurisprudencia que han elaborado los jueces). Más bien la orientación argumentativa se encuentra en constante movimiento, debido a que el aseguramiento recursivo se mueve, él mismo, de situación a situación.[631] Esta es también la razón por la que la praxis argumentativa de los tribunales se mueve en dirección de un proceso de diferenciación de su semántica jurídica específica; es decir, se mueve en el sentido de reafirmar la divergencia (feed back positivo), o en el sentido de la lingüística de la hipercorrección usual en el lenguaje. También en el plano de la argumentación (y no sólo en el de la validez) nos encontramos con la clausura de operación. Aquí se trata también de evolución.

Después de esto ya no está lejos el paso hacia una descripción de la argumentación jurídica con ayuda de conceptos que no tienen la característica de ser argumentos y que, por eso, no pueden formar parte de la comunicación argumentativa. El concepto de argumentación entonces se formula, independientemente de la pregunta de qué tan buenas son las razones, con ayuda de tres distinciones: 1) operación/observación; 2) autoobservación/heteroobservación; 3)controvertido/incontrovertido. La argumentación jurídica es, según esto, una combinación de cada una de estas distinciones; i.e., es la autoobservación del sistema del derecho que, en su contexto recursivo autopoiético, reacciona (o anticipa) a las diferencias de opinión -pasadas o venideras-, con respecto a lo

---

[629]Véase, p. Ej., la distinción entre itérability und répétabilité, de Jaques Derrida, Limited Inc., París 1990, p. ej. p230 s., 234 s. Y passim. A diferencia del mero repetir, en las repeticiones se tendrá en cuenta la diferencia de las situaciones, las cuales se producen únicamente con el paso del tiempo.

[630]Para esto, compárese con Levi, en el lugar citado (1948) con base en el desarrollo específico de reglas en la praxis de los tribunales norteamericanos.

[631]En Levi, en el lugar citado, se lee: "rules are never clear" (p. 501); "rules are remade with each case" (p. 502); "The rules change as the rules are aplied" (p. 503).

que debe quedar atribuido al código conforme a derecho/no conforme a derecho.[632] Se trata, pues, de observación ya que tiene que ver con discriminar casos (o grupos de casos) sirviéndose de distinciones. Se trata también de una autoobservación, debido a que la operación de la observación se desarrolla dentro del sistema mismo del derecho. Y se trata de comunicación proclive a la controversia en tanto que la disposición sobre el símbolo de validez, como la pura lectura de la ley, deben estar excluidas del concepto de la argumentación. A pesar de todas estas restricciones, este concepto puede incluir argumentos que no le harían justicia a la función de la argumentación. Por ejemplo argumentos del tipo: el dueño del suelo, el partido, el militar siempre tienen la razón. Por esto, debemos preguntar por las condiciones que permiten el cumplimiento de la función de la argumentación jurídica.[633]

Como siempre, cuando se trata de "condiciones de posibilidad" o de "funciones" entra en juego un observador de segundo orden.[634] En este plano de segundo orden se puede interponer la pregunta de cómo un sistema posibilita su propia autopoiesis (incluyendo la autoboservación). Pero a esta pregunta, se contesta con un instrumental inadecuado situado en el nivel de primer orden.

Apoyados en reflexiones que provienen originalmente de teorías técnicas sobre la información, distinguimos entre *información y redundancia*. La información es el valor de sorpresa de las noticias, dado un reducido (o ilimitado) número de otras posibilidades. La redundancia resulta (circularmente) de que la información precedente se debe tomar en cuenta en la operación de los sistemas autopoiéticos. Una operación reduce el valor de selección de otro valor de selección, así como una frase reduce el ámbito de selección de las aportaciones comunicativas. Esto tiene el efecto de que seleccionar operaciones que enlazan se vuelve, al mismo tiempo, difícil y fácil: fácil cuando el ámbito de selección es pequeño; difícil, cuando se introducen criterios de selección más pretensiosos que no son fáciles de satisfacer (precisamente por las complicaciones que provienen del ensanchamiento de la selección cuando hay que admitir más información). La redundancia, como rechazo de la necesidad de más información, no es ella *misma ninguna información*. La redundancia posibilita la *indiferencia* de las operaciones del sistema entre sí, y posibilita la indiferencia con respecto al mundo.

---

[632]Este concepto se puede hacer extensivo fácilmente a la argumentación moral o científica, cuando los códigos correspondientes se intercambian.

[633]En este lugar nos separamos definitivamente de teorías en las que el concepto de argumentación está sustentado exclusivamente en características cualitativas de los argumentos; o sea, con base en la sensatez de los argumentos. Nosotros preguntamos, *en vez de eso*, por la función del sistema, porque no queremos acomodar el propio análisis a las razones que se van a movilizar en el sistema mismo. Por supuesto, esto no excluye que se sepa percibir y apreciar que los juristas intentan argumentar razonablemente o de cualquier otra buena manera (elegantemente, convincentemente, etc.)

[634]Como será fácil de reconocer, aquí tomamos estímulos de la filosofía de Kant, pero sin apoyarnos en la elaboración ulterior de la distinción empírico/ trascendental. Se puede prescindir de esta distinción tan fácilmente como esté disponible una abstracción que la sustituya: la distinción de observación de primer y segundo orden.

Con frecuencia se ha expresado que el estilo lingüístico del derecho desarrolla un alto grado de redundancia expresado en fórmulas hechas para la repetición.[635] Sin embargo estas fórmulas no son más que medios retóricos expresivos. De ninguna manera se debe confundir lo estilístico con la precisión conceptual o con la correcta capacidad de definición (lo que a menudo falta en los conceptos jurídicos). La forma de hablar es más bien el efecto de un tipo de utilización lingüística del propio sistema. Ello resulta, de manera espontánea, de que las fórmulas se repiten y, por ello, condensan un núcleo de identidad que, a su vez, en el horizonte del significado, van y se posan en otras situaciones. En una formulación clásica se lee: "The science of jurisprudence (is)...the collected reasons of ages, combining the principles of original justice with the infinite variety of human concerns".[636]

Martin Shapiro ha demostrado lo importante que es la redundancia para la coordinación de decisiones independientes (no coordinadas mediante una cadena de instrucciones jerárquicas) en el sistema del derecho.[637] Con todo, no llegó a diferenciar entre observación de primer y de segundo orden. Por eso pasa a un primer plano de las operaciones de primer orden el aspecto del reconocimiento y la prevención de los errores. Sin redundancia, la pérdida de información producida por el mal funcionamiento de la transmisión de información en el sistema, se haría irreconocible y, por lo tanto, incorregible. Mientras más informaciones tenga que procesar un sistema, más dependerá de que haya suficiente redundancia, sobre todo para evitar errores en la consideración de las informaciones importantes. Pero, ¿no se podría decir también: para legitimar? Con esto ya se hace reconocible que un sistema que trabaja con redundancias establecidas rechaza el exceso de carga de la información, aunque precisamente por ello pueda adquirir niveles de finura en el distinguir y en el designar. Es decir la redundancia no sólo excluye las informaciones, sino que produce también informaciones en tanto que especifica la sensibilidad del sistema. De esta manera surgen informaciones que no pueden provenir de un entorno que no está preparado de manera proporcionada: la reducción de complejidad sirve al aumento de la complejidad.

Un desarrollo semejante exige que el sistema desarrolle una alta indiferencia frente al entorno. Muy pocas comunicaciones que circulan en el entorno tienen valor de información en el sistema jurídico. Sin embargo, sería demasiado fácil interpretar la necesidad de redundancia exclusivamente como protección frene a los ruidos (noise) del entorno. De la misma manera, las operaciones particulares del sistema tienen que ser aisladas entre sí, para que después queden enlazadas selectivamente. Y esto debido a que incluso los sistemas que no son muy grandes (ni hablar del sistema del derecho) ya no pueden enlazar sus operaciones con todas sus otras operaciones. La complejidad estructurada depende

---

[635]Véase, p. Ej., a Pierre Mimin, Le Style des jugements, 2a. Ed. París 1970, en especial p. 99 ss.

[636]Edmund Burke, Reflections on the Revolution in France, Works III, p. 357, citado de David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eigtheenth-century Britain, Cambridge Ingl., 1989, p. 2.

[637]Toward a Theory of *Stare Decisis*, Journal of Legal Studies I (1972), pp.125-134. Comparar también: Giorgio Lazzaro, Entropia della Legge, Turín 1985.

siempre del enlace selectivo de los elementos; o, de la otra cara de la moneda, de la protección frente a un ruido producido internamente. La información es una diferencia que realiza una diferencia en el sistema y que cambia su estado (Bateson). Seleccionar aquellas informaciones que tienen capacidad de novedad es la función de la redundancia. Por cierto, las operaciones del sistema, de acuerdo a su intención, se dedican al procesamiento de la información. Es decir: a transformar permanentemente unas informaciones en otras informaciones para que sirvan para otras operaciones. La reproducción de redundancia acompaña como una sombra a este proceso. Shapiro habla de un "stream of reassurances" que sólo incluye nuevas diferencias en número muy restringido.[638] En otro lenguaje conceptual (neurofisiológico o teórico perceptivo de corte constructivista) podríamos denominar las redundancias como "atractores" que organizan el procesamiento de la información.[639]

Aunque este concepto de atractores no está definido con claridad, su contexto teórico deja ver dos cosas: una capacidad de operación que se puede presuponer bajo condiciones que se denominan "caos" y una referencia real con puntos cruciales, sin que necesariamente se tenga que hacer referencia a la unidad o a la totalidad del sistema. En el contexto teórico de la evolución esto significa que la formación de atractores no puede ser atribuida a un comienzo o a una razón configuradora de sentido. Más bien los atractores surgen (aparentemente) por casualidad y luego su consecuencias quedan firmemente establecidas. Entretanto el sistema es un sistema histórico sin razón última para ser tal como es. En un contexto teórico referido a la conciencia (o a la comunicación) esto quiere decir que los atractores fungen como "valores" que es preferible seguir, porque de otro modo la pérdida del orden (precisamente el caos) sería insoportable.

Desde el punto de vista de la coordinación, la redundancia sería, según esto, "la mano invisible del sistema".[640] La mano visible de una jerarquía organizada de instrucciones no sería el caso contrario, como se supondría a partir de la metáfora, sino es la aplicación precisamente de un caso: las instrucciones de la instancia superior se dejan llevar mediante la redundancia y sólo confieren a la información que circula en el sistema una forma específica (entre otras: la irresponsabilidad de haber escogido la selección, cuestión que queda oculta con la instrucción). También la mano visible (el legislador) se pone al servicio de la mano invisible. En todas las operaciones hay que distinguir la selección propositiva (intendierte) del sistema y la reproducción no-propositiva de la redundancia del sistema. Una operación que no señale este doble aspecto, no sería reconocible como operación que pertenece al sistema y que reproduce la red recursiva de enlace de operación en el sistema. Otros teóricos del derecho usan el concepto de "institución" para designar la

---

[638]En el lugar citado, p. 131.

[639]Compárese, p. Ej., con Peter Kruse, Visuelles Gedächtnis für Formen und das Problem der Bedeutungsweisung in kognitiven Systemen, en: Siegfried J. Schmidt (editor), Gedächtnis: Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung, Francfort 1991, pp. 250-266.

[640]Shapiro, en el lugar arriba señalado, p.131.

inmanente delimitación del derecho respecto del procesamiento de las preguntas jurídicas.[641]

Con esto, sin embargo, no se distingue con claridad entre delimitación y fundamentación. Al concepto de institución se le supeditan la "custom" y la "practical reason": institución designa la costumbre de que la argumentación práctica está orientada por lo razonable. El concepto permanece comprometido con la autosignificación de la práctica jurídica como observación de primer orden. Mientras que cuando se habla de redundancia aparece la ventaja de que el hecho del razonamiento institucional se reemplaza por una variable que reacciona a otras variables (por ejemplo: la variedad de casos que se deben decidir). Además con esto se evita el mezclar "custom" y "practical reason" en un solo concepto y se observa, con más distancia, la eficiencia de los fundamentos de la argumentación jurídica. Posteriormente se podría todavía establecer que la restricción del ámbito de las posibilidades (institución) es condición de posibilidad de la fundamentación (institución); es decir: la redundancia es condición de posibilidad de la argumentación jurídica.

Después de estas aclaraciones, se puede renunciar a ver el problema de la argumentación jurídica sólo como problema de reconocimiento y de prevención de errores - a pesar de que esta pueda ser la preocupación primaria de los juristas. Desde el punto de vista del observador de segundo orden que pretende tematizar la forma de operar del sistema del derecho (y no sólo tematizar los argumentos, los objetivos, las condiciones de verdad), se trata de la producción de suficiente consistencia a partir de la gran cantidad de decisiones entre sí. Ya que en eso ninguna decisión está en la posibilidad de definir y delimitar la cantidad total de las otras decisiones y menos de reconocer su contenido. Algo debe suceder "en vez de esto" para evitar que el sistema se desintegre en una pura cantidad de decisiones aisladas que nada tienen que ver entre sí y que sólo un observador las reconocería como un conjunto delimitable, bajo características escogidas por él mismo: clase/categoría/especie. La respuesta a esto sería: el establecimiento de suficientes redundancias. Si la justicia consiste en la consistencia de las decisiones,[642] entonces podemos decir también: justicia es redundancia.[643] De esta manera la redundancia se distingue de otros tipos de decisión ideal que tienen en mente la optimización de las decisiones particulares, al discernir entre una cantidad grande de información posible.

Un concepto de sistema de justicia es evidente que no se puede realizar de manera puntual a partir de decisiones aisladas. Con esto el sistema de justicia se sustrae (contra la opinión de casi todos los autores que se han ocupado del tema) de la contabilización moral

---

[641]Véase que se puede considerar como programa: Neil McCormick, Law as Institutional Fact, Law Quarterly Review 90 (1974), pp. 102-129, reimpreso en: Neil MacCormick / Ota Weinberger, An Institutional Theory of Law: New Aproaches to Legal Positivism, Dordrecht 1986, pp. 49-76. (traducción alemana Berlín 1985).

[642]Véase capítulo 5.

[643]O con una voz proveniente de la praxis (o sea, desde el punto de vista que valora a un observador de primer orden) : "to keepe as neare as may be to the Certainty of the Law and to the Consonance of it to it Selfe"". Así en el siglo XVII Sir Matthew Hale en un escrito contra Hobbes. Véase: Reflections by the Lrd Cheife Justice Hale en: William Holdsworth, A History of the English Law, 3a. Ed. Londres 1945, reimpresión 1966, T. V, apéndice III, pp. 500-513 (506).

y de la valoración ética. En vez de eso (¡en vez de eso!) se trata de la prevención de errores, lo que ahora quiere decir: prevención de inconsistencias que sean reconocibles.[644] Visto de esta manera, los errores son indicadores operativos para la eventual injusticia del sistema. Al mismo tiempo sirven de forma de conocimiento que permite distanciarse de las decisiones erróneas de los otros; por tanto: reaccionar a la imposibilidad de la absoluta consistencia de todas las decisiones.[645] Como siempre, los errores siguen siendo un esquema de reconocimiento de la observación de primer orden. En ese nivel se intenta evitar y responsabilizar a otros por los errores, pero no se pregunta por las condiciones de posibilidad, ni por la constitución de la redundancia. Sin embargo, para un observador de segundo orden la producción y el mantenimiento de suficientes redundancias aparece en el centro del interés y para este observador se hace reconocible que existen también otros imperativos en el sistema aparte del de la redundancia. Porque ¿de qué otra manera podría aclararse el crecimiento del sistema del derecho o la tolerancia de la sociedad (siempre modificada por la crítica) con respecto al derecho?

¿Estriba el problema únicamente en la restricción de la capacidad para el procesamiento de información -con lo que cada sistema tiene que arreglárselas? ¿Se trata de la bounded rationality en el sentido de Herbert Simon?[646] O ¿se trata de la necesidad de un trato descentralizado con la complejidad en el sentido de Hayek[647] ó de Limblom?[648] ¿Puede la consistencia ser lograda únicamente debido a que ningún lugar dispone de las informaciones necesarias (es decir: de todas las decisiones que dependen de ello y de todas las alternativas)? Si se tratara sólo de esto, la solución radicaría en una simplificación radical de los temas de que se ocupa el sistema.

Que esta no es una salida viable se ve con claridad cuando se comprende que la redundancia no es la única condición de la autopoiesis del sistema. Variedad es la segunda condición. Con esto nos referimos a la cantidad y a la diversidad de operaciones que un sistema reconoce como propias y que puede realizar.[649] Redundancia y variedad son, a

---

[644] Esta es la razón que ha llevado a muchos autores a la opinión de que la justicia únicamente se explicita ex negatio: seguramente esta sería una teología negativa del sistema jurídico.

[645] Véanse para esto los argumentos acerca de los "mistakes" en: Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge Mass. 1977, p. 118 ss.

[646] Compárese como punto de partida, para desarrollos ampliamente extendidos, con Herbert A. Simon, Models of Man: Social an Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting, Nueva York 1957. Véase también la colección de artículos: Models Of Bounded Rationality, Cambridge Mass. 1982, en especial T. 2, p. 401 ss.

[647] Compárese con F. A. von Hayek, Die Theorie komplexer Phänomene, Tubinga 1972.

[648] Compárese con Charles E. Lindblom, The Intelligence of Democracy: Decision Making Through Mutual Adjustment, New York 1965; idem. y David K. Cohen, Usable Knowledge: Social Science and Social Problem Solving, New Haven 1979.

[649] La distinción redundancia /variedad ha sido trabajada por Henri Atlan y sirven, en este contexto, sus trabajos que aclaran las condiciones de posibilidad de la "auto-organización" de los sistemas vivos. Para una presentación clara y general véase: Noise, Complexity and Meaning in Cognitive Systems, Revue internationale de systémique 3 (1989), pp. 237-249, y antes, ante todo: L'organisation biologique et la théorie de l'information, París 1972; On a formal Definition of Organization, Journal of Theoretical Biology 45 (1974), pp. 295-304; Entre le cristal et la fumée, París 1979. Sin embargo, Atlan define variedad no en relación a las operaciones elementales del sistema, las cuales inevitablemente crean sorpresas (procesamiento de la información) tan sólo como consecuencia de la complejidad del sistema, sino directamente como concepto contrario a la redundancia; o sea, como valor sorpresivo de las informaciones.

primera vista, exigencias contrarias: redundancia es la información que ya se posee para procesar informaciones subsecuentes; variedad es la información que hace falta para eso.[650] Cuanto más grande es la variedad de un sistema, tanto más difícil es deducir de una operación, otra -añadiendo sólo un poco más de información; tanto más difícil es identificar el sistema -o describirlo adecuadamente- a partir del conocimiento de sólo algunas de sus operaciones; tanto más sorpresas se producen que deben ser procesadas; tanto más largas son las cadenas; tanto más tiempo necesita el sistema... Con todo, esta contrastación abarca muy poco. La doctrina de la administración de empresas ya aceptó una relación de sustitución entre vinculación mediante reglas y variabilidad.[651] Nosotros podemos ir todavía más lejos, ya que existen diferentes posibilidades de producir redundancias y puede ser que una forma de redundancia sea compatible con más variedad que otra. Esto es válido, por ejemplo, para los programas condicionales del tipo: si x, y, z están dados, entonces una sociedad con personalidad jurídica propia está suficientemente fundada. Con base en esa capacidad jurídica puede (como cualquiera que tiene capacidad jurídica) adquirir derecho, si se cumplen las condiciones necesarias. El que afirme tener derechos puede interponer una demanda y ganar (o perder) el proceso. La secuencia programática (como lo muestra el ejemplo), conduce hacia una red "heterárquica" de condiciones que están disponibles para otras combinaciones. En nuestro ejemplo: se funda una sociedad jurídica no únicamente para interponer en su nombre una querella judicial, sino también para acumular capital y para limitar las responsabilidades.

Puede ser que el sistema jurídico organice ahora su memoria a partir de casos tipo, o a partir de institutos jurídicos, o de principios, y todo eso puede correr conjuntamente: para producir, en cada caso, un contexto común es necesario circunscribirse a un "loose coupling".[652] Las decisiones de un subcomplejo sólo pueden copiar las decisiones de otro, bajo aspectos muy restringidos, y al revés: la información necesaria acerca del derecho en todas las decisiones, debe ser mantenida en límites muy estrechos porque de otra manera no se podría utilizar en circunstancias diferentes y en distintas posibilidades de decisión; aunque esta exigencia no es una medida fija del sistema en el sentido de justicia negativa - la exigencia varía según sea la complejidad del sistema y mientras sea compatible con la autopoiesis a través de un "loose coupling".

---

[650]Es importante relacionar la situación de tener (o de que haga falta), con las exigencias del procesamiento de información en un sistema. Sin referencia a un sistema, el contraste cuando mucho puede tener significado matemático; así sucede con Atlan como relación reversible de H (variedad) y R (redundancia).

[651]Comparar Erich Gutenberg, Grundlagen der Betribswirtschaftslehre T. I, 15a. Ed., Berlín 1969, p. 236 ss.

[652]Robert B. Glassman, Persistence and Loose Coupling in Living Systems, Behavioral Science 18 (1973), pp. 83-98; Herbert A. Simon, The Organization of Complex Systems, en: Howard H. Pattee (editor), Hierarchy Theory: The Chalenge of Complex Systems, Nueva York 1973, pp. 3-27 (15 ss.); Karl E. Weick, Der Prozeß des Organisierens, traducción alemana Francfort 1985, p. 163 ss.; J. Douglas Orton / Karl E. Weick, Loosely Coupled Systems: A Reconceptualization, Academy of Management Review 15 (1990), pp. 203-223. Antes se hubiese también hablado, en la cibernética, de funciones parciales y de ultrasensibilidad para denominar las interrupciones necesarias de la estabilidad. Ver W. Ross Ashby, Design for a Brain: The Origin of Adaptative Behavior, 2a. Ed. , Londres 1954; en especial: p. 136 ss., 153 ss.

Variedad y redundancia son, con otras palabras, estados de cosas que pueden aumentar simultáneamente. La posibilidad de incremento se palpa (como ya ha sido dicho) a través de la formación de analogías -con lo que se llega a la generalización de reglas ya existentes, o a la creación de reglas para situaciones que se tienen como novedosas (y por tanto todavía no incluidas). En el transcurso de la evolución ha tenido éxito, de vez en cuando, dar con formas jurídicas que tienen un potencial de combinación más alto.[653] En algún momento se puede confirmar que las redundancias que han jugado un papel decisivo en la alta variedad, cuentan con tipos de operaciones (formas de percepción individual sobre lo jurídico) que pierden significado, o que no pueden ya enfrentar problemas que, entretanto, han adquirido un significado relevante: por ejemplo: "bien público", o el interés colectivo porque haya condiciones ambientales soportables.[654] O se puede mostrar como conveniente sustituir puntos de vista delimitados (que producen demasiadas dudas) debido a la presión de la variedad, por otros puntos de vista que se pueden generalizar de forma más acertada: por ejemplo, sustituir la responsabilidad debida a objeto peligroso por responsabilidad atribuida simplemente a la peligrosidad, en calidad de indemnización por ir en contra de una prohibición -que, de otra manera, no podría ser sancionada.[655]

La relación entre variedad y redundancia es, por lo tanto, un orden precario y al mismo tiempo históricamente formado y es precisamente a través de la transformación de esta relación (y no la de los institutos jurídicos) que el sistema reproduce la adaptación (siempre dada) al entorno.

Los conceptos de redundancia y variedad sobrepasan el marco que está disponible para la argumentación jurídica. Estos conceptos formulan exigencias que no pueden ser expresadas simplemente como contradicciones entre los argumentos de la decisión: desde una perspectiva incongruente iluminan lo que se designa como argumentación jurídica. Amplían el argumento típico del movimiento del *critical legal studies* de que el sistema jurídico saca adelante sus principios en forma contradictoria para así adaptarse mejor a las relaciones capitalistas. De manera muy general es válido que un sistema jurídico diferenciado debe garantizar, al mismo tiempo, la clausura de operación y la alta irritabilidad y, en el plano de su autoobservación, la redundancia y la variedad. Pero el deslumbramiento de estas exigencias contradictorias no se lleva adelante en la forma permanente y repetida de contradicción de argumentos. Durante el traslado a posibles argumentos, este punto de partida se oculta y se transforma a través de una red de principios y de reglas de forma tal, que los conflictos de la decisión aparecen sólo de

---

[653]Está en la misma línea, pero es una dudosa simplificación, cuando se dice: la evolución se dirige hacia la reducción de costos de transacción que, de otro modo, se producirían en la adaptación a los cambios del entorno. Así Robert C. Clark, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution, Yale Law Review 90 (1981), pp. 1238-1274.

[654]Para esto es ilustrativa la discusión sobre problemas del desarrollo del derecho constitucional por Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Staatswissenschaften und Staatspraxis (1990), pp. 5-33; reimpreso en idem., Die Zukunft der Verfassung, Francfort 1991, pp. 397-437.

[655]Este ejemplo está tomado de Levi, en el lugar citado (1948).

manera local y se pueden resolver en casos aislados o en grupos de casos. Las teorías jurídicas que se restringen a la observación interior y a la autodespcrición del sistema pueden, debido a esto, prescindir de conceptos como redundancia y variedad. Pero con esto prescinden también del entendimiento del constructivismo operativo con el que el sistema jurídico reconstruye, él mismo, su mundo. Y allí se encuentra el peligro de confundir la terminología de los fundamentos con denominaciones que son usuales fuera del sistema del derecho. Regresaremos a esto en el ejemplo del "interés".

III

Por cierto la redundancia no es una certeza lógica que se pueda indagar. Usando terminología de Hegel, la redundancia no pertenecería al campo de la necesidad, sino al de la casualidad, ya que con la certeza de una información todavía no se da por sentada la certeza de otra información. Sin embargo se trata de una casualidad preparada muy poderosamente, aunque se trata de una determinación con muy pocas informaciones fijadas por el mismo sistema. De la misma manera, tampoco la escritura es una determinación del derecho lo suficientemente madura como para tomar una decisión. Hemos corregido este prejuicio (en caso de que lo fuera) con la discusión acerca del concepto de texto.[656] La escritura es sólo una forma que produce una diferencia entre el cuerpo del texto, la interpretación literal de lo escrito y el espíritu de la ley. No existe ninguna fijación escrita del derecho vigente que no origine una interpretación. Ambas se producen, simultáneamente, como una forma-de-dos-lados. Tan pronto como los textos se escriben se origina, de ahí, un problema de interpretación.

A pesar de la inmensa literatura (enriquecida históricamente desde mucho tiempo atrás sobre los puntos de vista y los procedimientos de la interpretación, podemos tratar el tema (prescindiendo de detalles), bajo el título de interpretación. Cuando se habla de interpretación se piensa en el comportamiento social de un lector que se concentra en el texto y que evidentemente no quiere ser perturbado. A ese lector no se le puede involucrar en la comunicación, sin obligarlo a que interrumpa la lectura. Él puede sólo o leer, o tomar parte en la comunicación. En la actualidad se lee, normalmente, en silencio. Y quien lee para los otros únicamente actúa como órgano del texto -y no precisamente como intérprete.

Lo que un lector piense en la interioridad oscura de sus pensamientos -en caso de que se tomara el tiempo de apartarse del texto-, no interesa. Cuando él empieza a interpretar, lo que hace es que prepara una argumentación.[657] Él lo puede hacer si primero simula la

---

[656]Compárese, en este mismo capítulo, con el apartado I. Ver también el capítulo 6, II.

[657]Con esto no se afirma que todos los autores que se ocupan de teorías interpretativas tengan esta opinión o que la deberían tener. En el campo de las teorías de la verdad, p. ej., Donald Davison (Inquiries into Truth and Interpretation, Oxford 1984, traducción alemana, Francfort 1986); ya ha puesto muchas cosas fundamentales en claro en la teoría lingüística, sobre todo después del vuelco lingüístico de la filosofía analítica. Que todas las declaraciones lingüísticas se tienen que interpretar, es válido aquí como condición indispensable de una teoría no circular del significado; lo cual no quiere decir (porque eso iría a parar en un círculo) que la tarea de la interpretación clarificadora de la comunicación misma, en anticipación a sí misma, ya esté

comunicación en la forma de plática consigo mismo (¡no de plática con el texto!), o en la forma de pensamientos articulados (o verbalizados), como una especie de prueba de comunicación. Pero ya entonces lo dominan los criterios de aquello que se pueda decir de manera convincente. Se trata, así, no nada más de los "lugares oscuros", sino de la cuestión de qué contextos de comunicación se pueden relacionar con determinados textos.[658] Por esta razón, no perdemos nada cuando observamos cada razonamiento como un comportamiento social, incluyendo la estricta demostración lógica.[659] Aun teorías de la interpretación orientadas hacia la relación del lector con el texto, buscan una segunda protección de la "objetividad de la interpretación" en las relaciones sociales.[660] Por lo tanto, es engañosa la clásica división entre hermenéutica, dialéctica, dialógica y retórica. Esta división clásica pone el énfasis en diferencias que se podrían dejar de lado.[661] Se puede suponer que la interpretación se encuentra sólo dentro del texto, o que del texto se extrae lo que argumentativamente sirve para la comunicación. Si el texto mismo pudiera garantizar que todos los lectores entendieran lo mismo en todas las situaciones, no sería necesaria ninguna interpretación. No se interpreta para autoiluminarse, sino para utilizar lo interpretado en un contexto de comunicación que contribuye al reconocimiento de la autoridad -no importa qué tan selectivamente se comuniquen los resultados, las razones, los argumentos y siempre con la posibilidad de agregar argumentos adicionales. Con todo, queda presupuesto que los que toman parte en la comunicación tienen ante los ojos *el mismo texto*. [662] La forma lingüística no garantiza en absoluto los límites de la osadía del intérprete, pero sí garantiza *la unidad de contexto de un episodio comunicativo*. La forma lingüística constituye un medio social para la ganancia de nuevas formas, es decir: buenas

---

decidida. No obstante, una teoría así debe, entonces, presuponer un sujeto como punto de partida no condicionado socialmente; es decir, un sujeto que, únicamente de vez en cuando, acepte comunicarse cuando pueda imaginarse algún otro sujeto. Aquí se puede ver claramente cómo esta variante de la filosofía analítica del lenguaje argumenta siguiendo las posiciones teórico-trascendentales.

[658]Un parecido "rompimiento del estilo" en la tradicional teoría argumentativa también lo hace notar Esser, Juristisches Argumentieren, en el lugar citado (1977), p. 5:"¿De qué otra manera debe ser entendida la tarea del discurso y la justificación argumentativas de una decisión de la justicia, cuando la formación de la opinión jurídica (la opinión del derecho en general) aparece como tarea cognoscitiva y responsabilidad de la tarea judicativa y de la apreciación jurídica del caso, y no como la disputa argumentativa acerca del verdadero contenido del párrafo jurídico, del texto o del principio"?

[659]Esta concepción será también sostenida por teóricos científicos (sociólogos). Véase tan sólo a David Bloor, The Sociology of Reasons: Or why "Epistemic Factors" are really "Social Factors", en James Robert Brown (editor), Scientific Rationality: The Sociological Turn, Dordrecht 1984, pp. 295-324. La concepción es muy discutible. Lo que está en la base de ese planteamiento es que lo social, en Bloor y otros miembros de la Science Studies Unit de Edimburgo, es concebido de manera muy estrecha (y además nuevamente tendencialmente tautológica); o sea, en relación a intereses.

[660]Véase, p. Ej., a Owen M. Fiss, Objetivity and Interpretation, Stanford Law Review 34 (1982), pp. 739-763: "Interpretation ... is a dynamic interaction between reader and text". Sus delimitaciones se dan a partir de la realidad de una "interpretative community".

[661]Aun la controvertida cuestión de si uno mismo debería de estar o no convencido de la propia argumentación, cuando se quiere convencer a alguien, ha sido discutido, como es sabido, *al interior* de la retórica.

[662]De paso, pero acertadamente, formula Alexander Hamilton, The Federalist Papers No. 78, citado de la edición de Jacob E. Cooke, Middletown Conn. 1961, p. 525: "In such a case (en el caso de contradicciones entre leyes) is the province of the courts *to liquidate and fix* their meaning and operation" (puesto de relieve por mí, N.L).

razones para una determinada interpretación de un texto.[663] Uno se puede alejar del sentido de las palabras del texto en la medida en la que simplemente uno se aleja del sentido de las palabras. Con esto surge una diferencia entre entendimiento textual y entendimiento adecuado del sentido - y todo mientras la interpretación no haga explotar en pedazos la función constitutiva de la unidad del texto.

Para la interpretación jurídica (argumentación) es válida una peculiaridad que fortalece el contexto. La argumentación debe proponer (o fundamentar) una decisión acerca de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho. En el sistema del derecho el que se tome una decisión es algo que puede ser exigido, ya que los tribunales no pueden negarse (y esto es lo que fundamenta su posición central en el sistema). Toda argumentación jurídica que expone la interpretación del texto tiene, por ello, una relación con la decisión: una relación con la decisión sobre los asuntos de *otros*. Por eso la argumentación jurídica *debe* estar orientada hacia la comunicación.[664]

Esto aclara, por lo demás, la tierra particularmente fértil que posee la teoría argumentativa de la Common Law. El jurista europeo-continental que tiene que interpretar leyes y consultar comentarios para detectar la opinión "dominante", se puede sentir en primer lugar como lector y como intérprete. Por el contrario, en el derecho anglosajón, se trata, ante todo, de un dictamen sobre las decisiones precedentes. Lo que hay que encontrar primero es la ratio decidendi del caso anteriormente decidido -ya que como intérprete no se está ligado a la fuerza legal de la decisión misma. Posteriormente hay que decidir y fundamentar en forma argumentativa si el caso presente (que no resulta de la regla de decisión, sino de una comparación de la situación objetiva) se distingue -o no- del anterior. Es decir: no se tiene simplemente que aplicar una regla, sino se tiene que decidir - si es que se quiere llegar a distinguir. Y esta decisión se tiene que fundamentar en términos de distinción/no-distinción.

Esta diferencia entre la cultura jurídica europea continental y la anglosajona no debería, sin embargo, ser sobrevalorada. Por supuesto que en el derecho anglosajón también se tiene que ver con problemas de interpretación de las leyes.[665] También en el derecho continental la argumentación es una exigencia de fundamentación de decisiones sobre casos siempre nuevos y diferentes. Simplemente la organización judicial obliga, aquí, a través del instituto del recurso de revisión, a ocuparse constantemente de decisiones que

---

[663] Por lo demás, esto diferencia el trato con textos jurídicos del trato con textos literarios; pero también del trato con textos sacros, los cuales tienen esta cualidad únicamente para los creyentes de la misma religión. El jurista no puede escoger el trato hacia lo que, a favor o en contra, él argumenta.

[664] Este instituto jurídico necesita en gran medida, él mismo, ser interpretado; y a través de una detallada prescripción se mediará entonces entre continuidad y discontinuidad, entre redundancia y variedad. Una notable y mesurada interpretación la ofrece Neil MacCormick, en el lugar citado (1968).

[665] Véase cómo Levi, en el lugar citado (1948), se remonta hacia una teoría de la argumentación, de las obligaciones de precedencia, de las interpretaciones legales y (las especiales libertades de) revisión conforme a la constitución de leyes en los Estados Unidos. En *todos* los casos se presenta *inevitablemente* el problema de la repetición de reglas de decisión en casos siempre nuevos, siempre diferentes.

se han tomado en otros tribunales.[666] Se trata siempre de razones manipulables de decisión que son, al mismo tiempo, *universales y específicas*. Universal significa aquí que la regla de decisión sea sólo aplicable a todos los casos de un tipo determinado; que debe ser puesta al corriente con respecto al derecho vigente y que la cantidad de casos futuros que sean decidibles con sustento en esta regla, permanezca indefinido.[667]Pero además se puede tratar de una regla altamente específica que sólo poco a poco llegará (o no) a la generalización.[668] En este punto ni la interpretación ni la argumentación jurídica, tomadas por sí mismas, cambian el estado jurídico vigente. No se trata de formas que disponen del símbolo de la validez jurídica, sino de comunicaciones que aclaran bajo qué condiciones puede ser practicada esa disposición del símbolo (se entiende que excluyendo las razones económicas en el caso de los contratos y las razones políticas que pueden hablar a favor de la promulgación de las leyes). Debido a esta función de aprestar se le permite a la argumentación un mayor grado de libertad. La argumentación prueba, en cierto modo, la responsabilidad, pero no la asume. Con todo, se trata de operaciones del sistema para reducir el ámbito de elección de las decisiones, para cuando éstas deban ser tomadas. La doble estructura (textos vigentes y fundamentación argumentativa) permite trasladar la ambivalencia normativa del acto de argumentar hacia una distinción (de ninguna manera se trata de un Aufhebung -subsunción- en el sentido de Hegel). La argumentación misma no es ningún proceso normativo: puede quedar decepcionada y aprender a partir de ello. Pero su producto puede cuajar en reglas normativas o principios de manera que, en retrospectiva, el dogma jurídico pueda ser tenido como "fuente de derecho".

A esto corresponde que la argumentación como consecuencia de lo que entiende exponga *razones* que den la preferencia a una interpretación particular frente a otra. Además estas razones se presentan (con o sin éxito decisivo) en calidad de buenas razones, de razones razonables. En la tradición se las llama "rationes" (rationes decidendi, reasons, etcétera). Sobre la fundamentabilidad de este fundamento, como ya se ha expresado, lo único que queda es seguir informando a la "razón", en la medida en que ella misma se pone en juego. Como resultado, esta praxis de la argumentación razonable le confiere al derecho el carácter de una meditada razonabilidad, una condensación de razones buenas ya probadas. Neil MacCormick llama a este contexto "institución".[669] Con respecto a la fundamentación del fundamento están todavía implicados otros criterios, además de los ya designados por la argumentación misma: profesionalismo, elegancia,

---

[666]Comparaciones entre los usos jurídicos anglosajones y europeo-continentales ven aquí a menudo diferencias que en la praxis no existen de ningún modo. La orientación hacia la precedencia aparece únicamente en otros contextos.

[667]Esto no es otra cosa que la futura versión de "Autopoiesis", expresada en este contexto. El sistema no puede proponerse su propio fin, sino que opera "hasta nueva orden".

[668]Con MacCormick, en el lugar citado (1987), p. 162 ss., se debe diferenciar, en este sentido, entre universabilidad y generalizabilidad.

[669]Véase en especial su contribución en: Neil MacCormick / Ota Winberger, An Institutional Theory of Law: New Aproaches to Legal Positivism, Dordrecht 1986.

economía y quizás el más importante, evitar el ridículo.[670] Como resultado se produce, a partir de todos estos órganos de control que incluso aprenden de las infracciones, una tradición de principios, de reglas de decisión, de doctrinas; pero también construcciones alternativas rechazadas que constituyen una reserva a la que recurre la legislación y, sobre todo, donde se forma la creatividad jurídica del juez. El resultado es, de nuevo, escritura -por tanto interpretación. La realidad de este andamiaje estructural de referencia no se erige sobre una esfera de ideas, sino sobre las operaciones de comunicación de un sistema -que se usan o se olvidan.

Una textura semejante de puntos de vista de decisión -nosotros la denominamos dogmática jurídica- se puede también poner en juego de manera innovadora.[671] Posteriormente se puede reconocer que en las primeras determinaciones de las reglas se perdieron de vista ciertas constelaciones o que, sin más, se cometieron errores en la argumentación. Esto puede dar motivo para reconstruir el sentido común de aquella época o también para introducir nuevas reglas. La responsabilidad por deudas se complementará con la responsabilidad de indemnizar los daños.[672] Y cuando se ve que eso no es suficiente (para distribuir razonablemente los daños), se complementará con la responsabilidad de indemnizar por parte de aquel que tiene las mejores posibilidades de prevenirlos. El citar principios y reglas probadas sirve como argumentación y la consistencia que subyace en conservar la tradición le confiere un peso adicional. Pero el carácter en calidad de razón buena del derecho vigente, no es ningún carácter *indelebilis*: puede ser puesto en duda mediante la argumentación y, en especial, mediante nuevas distinciones, porque el derecho (como ya lo sabemos) es derecho escrito. Reglas y razones aparecen normalmente formando una unidad, pero se pueden disasociar cuando surgen nuevos problemas o también cuando un "cambio de valores sociales" es estímulo poderoso para ello. Una nueva solución del problema hace siempre acto de presencia, sobre todo si se presenta como mejor solución -de otra manera no habría por qué remplazar la antigua. Para esta mejor solución se necesita siempre una valoración interna, ya que sólo así el derecho puede expresar la superioridad de sí mismo.[673] No es suficiente con invocar un impulso externo. Las leyes mismas no presentan como argumento ser la mejor solución, sino únicamente fijan lo que en el futuro debería ser válido. También la argumentación jurídica es una

---

[670]No todos, pero algunos de los ejercicios conceptuales que Rudolf von Jhering (Scherz und Ernst inder Jurisprudenz, 2a. Ed., Leipzig 1885) ha coleccionado aquí, podrían servir como pruebas. Ellos son ejemplos, no de la desviación de la "jurisprudencia conceptual" (ya que de igual manera podrían ser coleccionados en el ámbito de la "jurisprudencia del interés"), sino de la contravención del gusto jurídico.

[671]Comparárese con en el contexto de evolución,del capítulo 6, III.

[672]Para el caso de un abrupto cambio en la legislación ambiental japonesa, provocado a través de la jurisprudencia, véase a Helmut Weidner, Bausteine einer präventiven Umweltpolitik: Anregungen aus Japan, en Udo Erns Simonis (editor), Präventive Umweltpolitik, Francfort 1988, pp. 143-165.

[673]Compárese también con Peter Goodrich, Reading the Law, Oxford 1986, p. 123: "The view that a facet of a statutory text is absurd does not connote a critical evaluation of the text from outside the legal culture and profesional competence, but rather invokes the categories of legal doctrine, or rationality and justice of the law, to secure an acceptable meaning for text within the wider legal genre to which it belongs".

comunicación completa interna al sistema. El pensamiento silvestre que está fuera del derecho no tiene ninguna relevancia -simplemente porque no está bajo presión de tener que producir y discernir decisiones acerca de lo conforme (o discrepante) con el derecho.

Mientras estas reflexiones se pueden apoyar en una amplia discusión (teórico-jurídica, histórico-jurídica y metodológica), hasta ahora no se ha tomado en cuenta que las razones producen diferencias[674] y que a través de lo que excluyen, remiten a sí mismas. Bernard Rudden denomina esto "inbuilt consequence",[675] pero sus pensamientos no van mucho más lejos. Quizás la concepción demasiado estrecha de *razones* dificulta el examen de ese estado de cosas. Porque las razones no son simplemente *puntos de vista significativos*, sino complejas ordenaciones de ideas que justifican con ello sus efectos de exclusión.[676] Únicamente en la perspectiva de la reutilización (o como consecuencia de ello) las razones se condensarán en forma de reglas para que con ello se haga reconocible (y se pueda citar) su identidad. La reutilización, al mismo tiempo, confirma la razón como adecuada para otras decisiones y con esto le confiere un sentido generalizado y enriquecido.[677] El fruto de tales confirmaciones puede, a su vez, ser condensado en forma de *principios* -los que dejan abierto aquello de lo que, a su vez, se diferencian. Más bien estos principios son tratados como puntos de vista definitivos de la decisión.[678] Para que estos principios maduren se necesita tiempo y, más que nada, la experiencia de muchos casos. Su poder de convencimiento aumenta por el hecho de que son puestos a prueba en circunstancias heterogéneas. Cuando todo esto se ha ganado con el sudor de la frente, ya no es tan fácil rechazar estas razones establecidas (ricas en tradición) y sustituirlas por nuevas razones. La tradición hace ver con suficiente claridad lo que debería de decidirse de otra manera. Por lo tanto, la mayoría de las veces, se añadirán únicamente a la tradición nuevos puntos de vista -excepciones a las reglas que siguen siendo válidas, nuevos principios para casos que no habían sido comprendidos (o que se habían comprendido de manera equivocada). El derecho reciente no encontrará propiamente un desarrollo alrededor de sus principios, sino alrededor de aquello que parece excluido. Esto que todavía es vigente, se modificará a

---

[674]Compárese, por principio, con Jean-François Lyotard, Le différend, París 1983.

[675]Consequences, Juridical Review 24 (1979), pp. 193-291, en especial 194, 199 s. Inbuilt consequence ist "the effect of a rule upon itself".

[676]Entre otras cosas, hay que pensar que muy a menudo el orden de los argumentos juega un papel importante; p. ej. para la cuestión sobre qué pruebas se deben presentar, o sea: en qué aspectos el sistema debe buscar contacto con el entorno. Véase para esto a Laurents Walter / John Thibaut / Virginia Andreoli, Order of Presentation at Trial, Yale Law Journal 82 (1972), pp. 216-226; Michael E. Levine / Charles R. Plott, Agenda Influence and its Implications, Virginia Law Review 63 (1977), pp. 561-604; Charles R. Plott / Michael E. Levine, A Model of Agenda Influence on Committe Decision, American Economic Review 68 (1978), pp. 146-160. Para un aspecto adicional: Wolfgang Schild, Der Straftatbegriff als Argumentationsschema, en: Winfried Hassemer et al. (editor), Argumentation und Recht, número suplementario N. F. 14 del Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden 1980, pp. 213-229. Se puede aceptar al afortunado concepto de esquema argumentativo, aun cuando no se comparta la opinión de que con todo eso se debería tratar de una "copia de la construcción ontológica de niveles de la realidad" (en el lugar citado, p. 214).

[677]Con la diferenciación de condensación y confirmación como dos versiones de una diferenciación durante la acción de su reutilización, yo sigo una sugerencia de George Spencer Brown, Laws of Form, reimpresión Nueva York 1979, p. 10.

[678]La necesidad de diferenciar entre reglas y principios (difícil de aclarar conceptualmente), será puesta de relieve ante todo en la literatura acerca de la Common Law —tal vez debido a la función, ahí mas importante, de las reglas de decisión.

partir de su reverso. La argumentación hace más complejo el sistema, con consecuencias considerables para la sistematización conceptual (dogmático-jurídica).

Este efecto de exclusión se hace también visible en la técnica jurídica de la Common Law, con la atención desmedida que dedica a las reglas (y no sólo a las leyes) que determinan la decisión; las controvertidas defensas de los representantes de partido (barrister) contribuyen a que las argumentaciones de las sentencias ponderen los pros y los contras de las reglas opuestas. No se tratará de ocultar las diferencias de opinión dentro del cuerpo colegiado de jueces, sino que éstas se publicarán,[679] de modo que la estructura de la argumentación controvertida quedará disponible para referencias futuras. En comparación, la argumentación jurídica continental toma la dirección de una exégesis sostenida como correcta. Esta diferencia no debería ser sobrevalorada, sobre todo en estos últimos tiempos.[680] Además hay que considerar que las controversias sobre casos aislados, conservadas en la memoria, de ninguna manera hacen visible el efecto completo de exclusión de una regla bien fundamentada.

Con todo esto, debe haber quedado claro que las *razones* ocultan algo: su redundancia. Las razones aplican distinciones en el lado que ha quedado designado y no en el otro lado. Lo que no se puede designar, tampoco se puede utilizar. La función de un criterio no se puede considerar como algo oculto. ¿O sí?[681] Esto lleva a la pregunta de cómo lo oculto se puede utilizar para la crítica, si no es que para la "deconstrucción" de la argumentación jurídica.[682]

Y esto con tal de que no se diga: ni yo mismo sé cómo. La deconstrucción no lleva a la reconstrucción, sino a lo más, siguiendo la regla de "hit the bottom", a la necesidad terapéutica. Se puede rechazar la ayuda, hasta el límite en el que uno esté totalmente desorientado. Pero ¿quién debe tratar terapéuticamente el sistema jurídico? ¿Y quién toma su función mientras tanto?

Si con más precisión nos fijamos en el hecho de que toda designación depende de distinciones, incluyendo la definición de deconstrucción, se llega entonces a un terreno

---

[679]Históricamente falta observar que, en el principio, precisamente los informes fueron publicados, mientras que la decisión encontró poca atención. Un vínculo formal con lo precedente -lo que hizo necesaria otra forma de fijación escrita-, se desarrolló primeramente durante el proceso de la radical positivización del derecho; o sea, no antes de a mediados del siglo XVIII, en especial desde los Commentaries de Blackstone, y definitivamente tan solo cien años mas tarde.

[680]Véase ante todo el fuerte significado análogo, a partir de la Common Law, del perfeccionamiento judicial del derecho en: Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2a. Ed., Tubingen 1964; idem., Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Francfort 1970.

[681]Compárese con el capítulo The Inescrutability of Silence and the Problem of Knowledge in the Human Sciences, en: Steve Fuller, Social Epistemology, Bloomington Ind. 1988, p. 139 ss.

[682]Aquí debería observarse que los norteamericanos, con su sentido dirigido a lo práctico, consideran la "deconstrucción"como un método e intentan aplicarlo ante todo en la ciencia literaria, pero también en algunas escuelas jurídicas. Sin embargo, esto contradice el sentido original del concepto, que Derrida conscientemente ha dejado impreciso y que con posteriores auto-comentarios lo deconstruye continuamente.

mejor y más familiar.[683] Las distinciones permiten el "crossing". Se puede preguntar acerca de qué decisiones ha sido excluidas por qué decisiones; qué razones han sido excluidas por qué razones. Se puede también, en el otro lado de la distinción introducir una designación para distinguir la distinción misma como un instrumento de observación que se especifica en ambos lados. Por cierto esto lleva sólo a la designación de la distinción, pero oculta el otro lado de la distinción que sería necesario para esta designación. Se podría siempre seguir preguntado: ¿en qué se distingue la legislación de la jurisprudencia?: así, los deconstructivistas nunca estarán desempleados... Pero bajo sus miradas el sistema jurídico puede desarrollar, paso a paso, una arquitectura de distinciones para satisfacer respectivamente la tarea propuesta de mediación entre la variedad y la redundancia. Se pueden hacer preguntas posteriores siempre y cuando se especifiquen las distinciones en ambos lados, hasta llegar al descubrimiento excitante de que habrá siempre algo por conocer, porque invariablemente se oculta algo. Esta es sólo otra versión de la tesis de que un sistema puede sólo operar dentro del sistema y no en el entorno.

IV

Las razones son distinciones introducidas por un observador. En el contexto de la argumentación jurídica, el observador observa un texto y, con ello, se proporciona (mediante la interpretación), un espacio libre para la argumentación -que tome en cuenta ulteriores puntos de vista re-limitadores. Por consiguiente el observador no puede contentarse simplemente con presentar aquello que él considera como lo mejor. Una abstracta ponderación de valores debe justificarse a partir del texto, ya que de otra manera la argumentación no tendría -jurídicamente- ni pies ni cabeza. La argumentación puede permitirse libertades interpretativas sólo con la intención de volver a restringir ella misma tales libertades, con ayuda del derecho. Los buenos argumentos, solos, no son suficientes; deben mostrar que tienen consistencia con respecto al derecho vigente: por ejemplo, dividir una norma en dos interpretaciones diferentes, para después reivindicar sólo una de estas y presentar el argumento como algo fundamentado. Únicamente cuando la consistencia se prueba mediante el derecho vigente es que interesa, de algún modo, saber qué tan buenas son las razones buenas.

Sin embargo, con esto de ninguna manera está aclarado el asunto de qué función cumple el argumentar con razones. El observador del texto presenta esta función como si se tratara de ayudar a que las razones buenas ganaran. El observador está sujeto, como participante en el sistema jurídico, a presentar las peticiones como si fueran algo decidible. Él no se puede conformar con llamar la atención sobre sus preferencias e intereses: está bajo una coacción especial del sistema -que resulta a partir de que el sistema está

[683] Para una posible relación entre "deconstrucción" y "observación de segundo orden" merece la pena leer a J. M. Balkin, Nested Oppositions, Yale Law Review 99 (1990), p. 1669-1705. También ver: idem., Deconstructive Practice and Legal Theory, Yale Law Journal 96 (1987), p. 743-786.

codificado binariamente y que como código reconoce únicamente los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho. Para el observador esto puede ser verdad en la medida en que se considere un insider; pero esto no ofrece todavía una explicación a la pregunta sobre la función del argumentar jurídico. Para encontrar una respuesta, observaremos al observador del texto con ayuda de la distinción -que hemos introducido- entre variedad y redundancia. Con esto lograremos un nivel de observación de tercer orden. Observaremos (como aquellos que observan a los que observan) cómo se entiende de la mejor manera un texto cuyo sentido textual no le suministra ninguna decisión satisfactoria al observador de primer orden. En tal caso (como observadores de tercer orden) ya no podemos darnos por satisfechos con argumentos más o menos buenos, sino que haremos la pregunta: ¿En resumidas cuentas, para qué sirven las argumentaciones? La distinción que se hace necesaria para seguir de cerca esta pregunta está contenida en la distinción, relacionada con el sistema, entre variedad y redundancia -esta distinción no es aplicable en el nivel de observación de segundo orden del sistema porque el tipo de solución que resultaría de allí sería demasiado fuerte.

Las razones son símbolos dirigidos a la redundancia.[684] Así como la validez simboliza la unidad de la autopoiesis y con ello hace posible la unidad de operación del sistema, así las buenas razones hacen operativa la consistencia (en terminología de valor: justicia) del sistema. Esta constatación difícilmente encontrará opositores, sin embargo, requiere de elaboración posterior.

Con la pregunta acerca de las razones se resuelve (se desarrolla, se destautologiza) la autorreferencia tautológica del símbolo de la validez. Al principio esto suena así: lo que es válido es válido porque es válido. Después se supone: para eso debe haber una razón suficiente. A esta suposición se le puede añadir la pregunta: eso que es válido, ¿es válido con fundamento? A partir de esta duplicación semántica de la validez en calidad de razón que se aplica a las normas correspondientes, se desarrolla la pregunta acerca de los fundamentos de la validez que, por ejemplo, se contesta mediante la doctrina de las "fuentes del derecho". A pesar de todo, permanece la fórmula de que aquello que se demanda sin razón, no es válido.

Se puede ir más allá de esta autodescripción del argumentar fundamentado, cuando se logra interceptar el supercriterio de la justicia. Este criterio, sin embargo, es inapropiado para la cuestión de la validez del derecho en el sentido de que ayude a tomar una decisión, por eso se le considera más bien un criterio ético. El problema de la validez se resolverá, entonces, echando mano de la distinción derecho/ética, con la consecuencia de que, en la

---

[684] Con esto se rechaza, ante todo, la concepción de que la razones sirven para hacer ver la sujeción jurídica al mandato de la razón, con el fin de legitimar lo que está detrás: el poder político. Así tendencialmente el movimiento Critical Legal Studies en los EE. UU. Compárese también con Goodrich, en el lugar citado (1986), p. ej. p. 122., quien considera "crítico" el que pudiera desarrollarse una mejor capacidad de distinción, que la que se logra mediante un indiferenciado entendimiento de violencia simbólica, política, etc. Sin embargo, hay que reconocer que los buenos argumentos también tienen una dimensión social y que facilitan el suponer que también otros van a seguir la regla fundamentada con base en el entendimiento. Esto es razonable de su parte, sobre todo si se considera que a menudo el entendimiento tiene lugar simultáneamente careciendo de intereses.

praxis jurídica, las exigencias de justicia son inocuas jurídicamente y desde el punto de vista de la argumentación, inutilizables. Si, por el contrario, se interpreta el postulado de la justicia como postulado de la consistencia de la decisión (los casos iguales se deben de tratar igual, y los desiguales de manera desigual),[685] se puede considerar la consistencia como redundancia y, con ello, como un lado de la distinción -el otro lado, el de la variedad, obstaculizará de forma evidente que lo justo siga adelante en el mundo del derecho. Lo que se gana adicionalmente con la distinción entre variedad y redundancia es el entendimiento de que el asunto tiene también otro lado. Este otro lado no surge de las cada vez menos buenas razones o de las decisiones sin fundamento (resueltas de manera "decisionista") del intérprete del texto, sino de la exigencia de variedad en el sistema -que en condiciones modernas es muy alta.

Los casos jurídicos que se presentan exigiendo decisión, aparecen en forma concreta y, por eso, diversa. Cada caso provoca al sistema para que tome en cuenta la diversidad. La argumentación recibe esta provocación y la transforma en redundancia -ya sea en la forma de hacer referencia a programas aplicables de decisión o ya sea en la forma de su complemento: reglas que serán aprobadas, condensadas y confirmadas en atención a la cantidad tan alta de posibilidades de aplicación. La argumentación opera para la redundancia, para la economía y para la sorpresa de la información. Pero lo hace en relación con el tipo especial de problemas que presentan los casos jurídicos, en la praxis. Como resultado esto desencadena una evolución con trayectoria hacia formas que suministran mayor variedad con suficiente redundancia -fórmula muy próxima a la del mejor de los mundos de Leibnitz.

Un sistema que se abandonara a su propia redundancia, renunciaría a la posibilidad de reacción frente a las irritaciones y sorpresas provenientes del entorno. La variedad complementa el sistema y evita que se atasque en una red de vías habituales, esto es, de procedimientos rutinarios. Pero la mayoría (y la diversidad) de las comunicaciones que dan lugar a los casos jurídicos (y sus problemas correlativos), no provienen del entorno del sistema. Los casos jurídicos (y las comunicaciones a ellos referidas) existen únicamente dentro del sistema y para el sistema. Igual que la redundancia, la variedad es una variable del sistema. La diferencia entre variedad y redundancia es una forma con la que el sistema opera como sistema-en-un-entorno. A la pregunta de cómo el sistema construye semánticamente su entorno, regresaremos pero con ayuda de otros conceptos.[686]

Las operaciones del sistema jurídico tienen por necesario comunicar el poder de convencimiento de las mejores razones -independientemente de lo que los participantes experimenten psíquicamente e independientemente de la "inautenticidad" con que esto acontezca. El juez debe prescindir también de los motivos psíquicos[687] -a menos que el

[685]Véase el capítulo 5.
[686]Véase el apartado VIII.
[687]MacCormick, en el lugar citado (1978), p. 17, opina al respecto: "The reasons they publicly state for their decisions must therefore be reasons which ... make them appear to be what they are supposed to be".Aquí sería conveniente recurrir a una

derecho mismo lo considere relevante: por ejemplo, en el caso de sospecha de turbación, es conocido que no se necesita demostrar la turbación, sino sólo la sospecha. También la ética del abogado se estabilizará por el hecho de que en la comunicación debe siempre aparecer como si el abogado estuviese convencido de las razones que hablan a favor de su mandante -esto no sucede con cualquier tipo de razones, sino sólo en el marco de la argumentación jurídica. Un observador de esta forma de comunicación (por tanto, nosotros) ve doble: ve que la forma es al mismo tiempo necesaria y contingente. Necesaria para el sistema; contingente en tanto que la variedad de los casos fuerza permanentemente a nuevas reflexiones: para el sistema la variedad no es suficiente. Con esto se gana un plus de entendimiento de la necesariedad (y no necesariedad) de todas las razones y con ello también un entendimiento del efecto paradójico y fértil de la escritura.

Quien concibe la argumentación jurídica únicamente como búsqueda de buenas razones para no cometer errores, describe un sistema determinado por la argumentación. Sólo cuando se toma en consideración la variedad introducida por los casos jurídicos, se puede aprehender el sistema como organizado por sí mismo -sistema dispuesto al aprendizaje.[688] A los antiguos sistemas jurídicos habrá que considerarlos como altamente redundantes -ya sea debido a la conceptualidad extremadamente formal de aprobación/rechazo de la solución de los conflictos jurídicos; ya sea por razón de la conceptuación extremadamente ambivalente que posibilitaba vincular todo con todo, sin admitir ningún tipo de sorpresa.[689] Pero en cuanto la organización y el aprendizaje se ponen en movimiento, el sistema empieza a trabajar con la distinción variedad/redundancia y, con esto, a organizar la propia complejidad. Veremos todavía que este proceso se acelerará mediante los acoplamientos estructurales con otros sistemas de funciones y finalmente que esto lleva a la internalización de la diferencia entre autorreferencia (conceptos) y la heterorreferencia (intereses).

El paso que va de la búsqueda de fundamentos al esquema variedad/redundancia, por tanto, el paso que va de la observación de segundo orden a la de tercer orden excluye el que se sigan manteniendo las premisas teóricas de la acción (en las que se formula normalmente la teoría argumentativa) y fuerza la transición hacia la teoría de sistemas. El argumentar no aparece ya como una asunto más o menos exitoso (a pesar de que hay que conceder que incluso en el nivel de observación de segundo orden se puede describir de esta manera), sino como un acontecimiento masivo y simultáneo en un sistema complejo -sin línea directiva clara, en una especie de enjambre a partir de ciertos textos pero sin formación jerárquica, sin teleología con respecto al sistema unitario. Como desde un avión,

---

versión sociológica del concepto de motivo, el cual se remonta, al fin y al cabo, a Max Weber. También véase a Austin Sarat / William L. F. Felstiner, Law and Social Relations: Vocabulary of Motive in Lawyer/Client Interaction, Law and Society Review 22 (1988), p. 737-769.

[688]En el problema de la auto-organización y del aprendizaje se encontraba, entonces, aquella dificultad que llevó a Henri Atlan a concebir el sistema como orden de las relaciones encontradas entre redundancia y variedad.

[689]Esta diferencia parece encontrar su expresión (pero esto necesita una revisión histórica) en la diferenciación entre iustitia y aequitas; la cual sólo recientemente en la época moderna fue abandonada en forma definitiva.

el mar de los argumentos se contempla ligeramente arrugado. No es reconocible un sentido total a partir de cada uno de los fines de las operaciones particulares (ni como agregación de todos ellos), sino únicamente como función de hecho en el sentido de que de alguna manera se argumenta. Y aun eso, luego tiene que ser expresado en la conceptualidad de variedad y redundancia.

V

Es algo establecido que las razones necesitan ser fundamentadas, ya que hay buenas y malas razones. Además las razones excluyen y esta exclusión requiere un fundamento.[690] Sin embargo con esto no está todavía decidido cómo es que se fundamentan las razones. No es problema cuando el sentido textual del texto es unívoco (límite de velocidad 100 km./h). Pero en toda argumentación interpretativa que va un poco más allá, se interpone la pregunta por el "cómo".[691]

En el derecho europeo antiguo este problema se resolvía al recurrir retrospectivamente a la sabiduría y a la voluntad de Dios (a través de la observación de Dios, competencia que era en primer lugar de los teólogos). Cuando esto se rechazó (y esta aversión fue en aumento en la época temprano-moderna), el problema encuentra solución aludiendo a un concepto normativo de naturaleza (por tanto, la naturaleza se consideraba corruptible), que remitía a las personas a medirse según su propia razón. Además para Grotius, Pufendorf, Locke y sus contemporáneos, era evidente (en contraste con las concepciones actuales) que la naturaleza del ser humano era susceptible de que se le conociera empíricamente, aunque al mismo tiempo podía servir como fuente eterna y supraregional (entre las naciones) del derecho vigente. La validez y el conocimiento jurídico no estaban todavía historizados, como posteriormente con Lord Kames y David Hume. La naturaleza del ser humano era todavía, como toda naturaleza, fuente para el conocimiento de la voluntad de Dios. Y esto aconteció, mientras un desarrollo jurídico nacional, que apelaba a la razón como parte esencial de la naturaleza del hombre, había ya claramente iniciado.[692]

La naturaleza y la razón aun hoy son títulos honoríficos de decoración de las fundamentaciones, ya que la verdadera argumentación se fundamenta (empíricamente sin lugar a dudas) a partir del juicio sobre las consecuencias de las *decisiones* jurídicas: juzgar las diferentes consecuencias que se habrían sucedido de haberse aceptado otras reglas.

---

[690]Recordamos nuevamente: los razonamientos son *secuencias* de argumentaciones, las cuales se condensarán en *puntos* de vista de la decisión, ya sea en el momento de la reutilización o en el momento de la anticipación.

[691]La concentración en el "cómo" nos ahorra el tener que tratar dos grupos de temas que la literatura teórico jurídica y los congresos correspondientes mantienen contenidas; es decir, la cuestión sobre qué formas de argumentación llevan a resultados razonables, y la cuestión de si la argumentación jurídica puede ser reconstruida lógicamente en toda su extensión

[692]Véase con respecto a esto a Rudolf Stichweh, Selbstorganization und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.-19. Jahrhundert), Rechtshistorisches Journal 9 (1990), pp. 254-272.

Ya el derecho natural se había adecuado al beneficio social de las normas jurídicas,[693] apoyado en la aceptación de que el beneficio social, en caso de duda, se daba por presupuesto.[694] El concepto de beneficio fue solamente una fórmula general para la (desde siempre) usual reflexión acerca de las alternativas de la forma: qué hubiera pasado si otras reglas hubieran tenido validez.[695] También la aequitas servía, en el marco de la iurisdictio principesca como correctivo frente a las consecuencias inaceptables de la aplicación jurídica más severa.[696] No obstante esto no ofreció ningún margen para la creación dogmática referida a las consecuencias específicas de ciertas construcciones jurídicas o reglas de decisión, sino que más bien sirvió a la correlación entre derecho variable e inmutable. Mientras tanto el control del derecho a partir del discernimiento sobre las consecuencias deseadas (o indeseadas), se ha impuesto como el único principio convincente que está unánimemente aceptado y demostrado -a partir de cuidadosos análisis sobre las decisiones-[697] en la teoría jurídica.[698] A pesar de todo, hay una pregunta que permanece: ¿Qué observamos cuando observamos esto?

A menudo la previsión argumentativa sobre las consecuencias de las decisiones se la confunde con programas de decisión jurídica orientados por fines. Sin embargo, esta es una confusión conceptual fácil de evitar, ya que los jueces ni disponen de los medios ni tienen la disposición a arriesgarse, condiciones éstas necesarias para la prosecución de objetivos.[699]

---

[693]Véase, p. Ej., a Thomas de Aquino, Summa Theologiae IIa IIae q. 57 a.3 con la distinción secundum sui rationem y secundum aliquid quod ex ipso consequitur, ilustrada con el ejemplo de la utilidad de la agricultura.

[694]Así Jean Domat, Lex loix civiles dans leur ordre naturel, 2a. Ed. París 1697, T. I, p. LXV: La justicia del derecho positivo es su "justice particuliere"; y después p. XCI para una "presomption pour l'utilité de la loy, non obstant les inconveniens".

[695]P. ej., Alexandre Belleguise, Traité de noblesse et de son origine, París 1700, p. 145 ss. Cuál sería el caso si al noble, después de una pérdida debida a una actividad derogada (comercio), le fuese restituida dicha actividad con base en el sobreseimiento, sin mediar alguna carta especial de rehabilitación por parte del rey. Entonces se podría oscilar semanalmente, de un lado para otro, entre el estatus nobiliario y el no-nobiliario; la obligación de pagar impuestos no sería clara, etc...

[696]Y esto ya en el camino de la interpretación. Véase a Dommat, en el lugar citado, T. I, p. 19: "Les loix naturelles sont mal appliquées, losqu'on en tire des consequences contre l´équité ". O con la visión, en sentido inverso, contra innovaciones descuidadas ("qui ad pauca respicit facile pronunciat") Hale, en el lugar citado, p. 504: "The Expounder must look further than the present Instance, and whether such Exposition may not introduce a greater inconvenience that it remedies".

[697]Compárese, p. Ej., con Adalbert Podlech, Wertungen und Werte im Recht, Archiv des öfentlichen Rechts 95 (1970), pp. 185-223, en especial 198 ss.: Wolfgang Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung: Methodenorientierte Vorstudie, Francfort 1974, p. 221 ss.; Gunther Teubner, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 6 (1975), pp. 179-204; Thomas Sambuc, Folgenerwägungen im Richterrecht: Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsprechung, erötert am Beispiel des Paragraphen I UWG, Berlin 1977; Thomas W. Wälde, Juristische Folgenorientierung: "Policy Analysis" und Sozialkybernetik: Methodische und organizatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein/Ts. 1979; Hubert Rottleuthner, Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, en Wissenschaften und Philosophie, Wiesbaden 1981, pp. 97-118; Hans-Joachim Koch / Helmut Rüßmann, Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Munich 1982, p. 227 ss.; pero también véase acerca del especial problema del derecho penal a Wienfried Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, Festschrift Helmut Coing, Munich 1982, pp. 493-524; y acerca de la discusión sobre la reformalización del derecho penal en EE.UU.: Joachim J. Savelsberg, Law That Does Not Fit Society: Sentencing Guidelines as a Neoclassical Reaction to the Dilemmas of Substantivized Law, American Journal of Sociology 97 (1992), pp. 1346-1381.

[698]Compárese en especial con MacCormick, en el lugar citado (1978).

[699]Se ha visto recientemente que un cuidadoso análisis de las estructuras de los fines y/o los medios fueron descuidados precisamente en la teoría jurídica pragmático-instrumental (y, como se puede pensar, ¡debido a buenas razones!). Véase a

Para el legislador es válido (con respecto a la técnica jurídica) lo mismo, a pesar de que él tiene naturalmente la libertad (en tanto participa en el sistema político) de perseguir fines políticos con sus correspondientes riesgos.[700] Una descripción sistémico teórica sugiere primero distinguir entre consecuencias internas y consecuencias externas del sistema.[701]

Las consecuencias internas del sistema son consecuencias y por supuesto está indicado que deban ser tenidas en consideración. Este es un momento enteramente normal de la recursividad de todas las decisiones jurídicas que necesitan ser fundamentadas: se tienen que tomar en cuenta no sólo las decisiones precedentes, sino también las futuras. Cuando se discute acerca de las razones que fundamentaron la decisión y las reglas que las generalizaron, forma parte del examen probar qué comportamiento sería legal (o ilegal) en caso de la aceptación de determinada regla.[702] Por ejemplo, si se considerara la puesta de productos en los anaqueles de una tienda de autoservicio como una oferta contractual en sí misma, el hecho de que alguien tomara un producto de esos anaqueles se considerara la culminación del contrato; entonces el que alguien devolviera algún producto al anaquel ya no sería posible jurídicamente y, por otra parte, el que se tomara un producto sin pagarlo ya no sería ningún robo, sino simplemente el incumplimiento de un deber contractual.[703] El jurista consideraría inaceptables las consecuencias de esta construcción, independientemente de la cuestión empírica de cómo la gente se comporta en una tienda de autoservicio en el caso de que otra construcción jurídica fuera la válida. Un fallo tal no necesita ningún pronóstico empírico, puesto que no está sobrecargado con las inseguridades correspondientes. El fallo puede ser tomado en el momento de la decisión con base en los conocimientos jurídicos disponibles, con la habitual seguridad de las concepciones jurídicas. No se trata de otra cosa que el cultivo de la consistencia usual y de la provisión de redundancia suficiente.

Sin embargo, la cuestión es si esto basta o si, desde una perspectiva empírica, el sistema se conforma con esto. En la mayoría de los casos relativos a la fundamentación

---

Samuel Summers, Instrumentalism and American Legal Theory, Ithaca 1982, p. 60 ss., 240 ss., 255 ss. Correspondientemente aumenta la crítica hasta llegar a un renovado interés por la jurisprudencia analítica.

[700]Para esto véase a Robert Nagel, Legislative Purpose, Rationality and Equal Protection, Yale Law Jornal 82 (1972), pp. 123-154, quien critica, con buenos argumentos, la propensión de los tribunales a medir a los legisladores según estándares de la racionalidad del fin y de achacarles defectos a este respecto (atrás de los cuales se pueden esconder compromisos políticos). En el derecho alemán (donde se argumentará mucho más con la "voluntad del legislador" y mucho menos se presta atención a la precisa fijación de las reglas de decisión) esta advertencia es tanto más oportuna. El juez finge aquí, a menudo, un programa de objetivos que él mismo no tiene permitido formular, pero que necesita para su decisión como resultado de la política.

[701]Esto es, desde luego, posible también sin una explícita conceptuación teórica de sistemas. Véase, p. ej. la distinción entre las behavioral consequences y las juridical consequences en Rudden, en el lugar citado; y a continuación de esto véase a Neil MacCormick, Legal Decisions an Their Consequences: From Dewey to Dworkin, New York University Law Review 58 (1983), pp. 239-258. Acerca de las distinciones entre consecuencias jurídicas y consecuencias reales fuera del sistema jurídico compárese también con Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, p. 41; y extensamente detallado: Gertrude Lübbe-Wolf, Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristische Regel- und Begriffsbildung spielen?, Friburgo 1981.

[702]Sobre esto MacCormick , en el lugar citado (1983), ajusta interpretativamente los argumentos, a este respecto, que todavía no había trabajado en la obra citada de 1978.

[703]El ejemplo proviene de Rudden, en el lugar citado.

argumentativa no se formula la pregunta con este grado de precisión. Simplemente se pasa por alto que la distinción (consecuencias internas/consecuencias externas) marque un umbral considerable. Pero aun cuando esta distinción fuera acertada en cada caso, todavía queda la pregunta de si se puede tomar una decisión entre diferentes construcciones jurídicas sólo con base en las consecuencias jurídicas. Ya que ¿cómo se juzgaría a favor o en contra de una construcción, cuando las consecuencias no se inclinan por ninguna solución? La pregunta incluye además: ¿Cuál sería el efecto de facto en el caso de que los actuantes se orientaran por una (u otra regla), sabiendo que difícilmente se puede dejar de lado la probabilidad de que se inclinen por una de ellas? En las cuestiones de ayuda arriesgada para salvar la vida y los bienes de otros, puede surgir la pregunta de si habrá que indemnizar al salvador (quien a su vez ha sufrido daños). Podría (al menos eso parece) convenir a los intereses del afectado que se introdujera una regla como esa, ya que si el salvador efectuara el rescate bajo su propio riesgo, entonces se la pensaría dos veces. O como en el conocido caso del remolcador de un busque cisterna averiado, que antes de arriesgarse intentara negociar las condiciones a tal punto, que se le hiciera demasiado tarde para intentar el rescate. Pero ¿quién garantiza que la teoría del juez lego acerca del comportamiento del salvador es exacta? Sólo hay que reflexionar en lo difícil que es deducir causas a partir de consecuencias (por ejemplo, a partir de consecuencias extraídas de estadísticas de accidentes, deducir la velocidad a la que se debe manejar), para ver el camino tan resbaloso sobre el que el juez camina. Los pronósticos asegurados empíricamente son, en caso de que se tomen como base los estándares científicos, casi siempre imposibles[704] o llevan a resultados insignificantes.[705] Es difícil imaginar que el juez pudiera probar razonablemente una ley desde el punto de vista del esquema del medio para conseguir un fin, o siquiera que así pudiera interpretarla. No obstante, los tribunales tienen la propensión de hacer precisamente eso y permanece indiscutible el hecho de que ellos tienen la competencia de dotar de validez a sus propias suposiciones. Orientarse por las

---

[704]Esto lo ponen de manfiesto, por lo demás, las investigaciones sociológico-jurídicas, las cuales, no obstante, en un tema tan decisivo, todavía son llamativamente escasas. Pero véase a James W. Marquart / Sheldon Eckland-Olsen/Jonathan R. Sorensen, Gazing Into the Crystall Ball: Can Jurors Predict Dangerousness in Capital Cases?, Law and Society Review 23 (1989), pp. 459-468.

[705]Por propia experiencia: La cuestión de si un cambio en el derecho del servicio público, con el abandono del principio del empleo de por vida, tendría consecuencias para el reclutamiento de nuevas generaciones, y en caso de que así fuera, cuáles serían estas consecuencias es difícil de someter a prueba y sólo con indicadores dependientes del tiempo (p. ej. dependientes del mercado de trabajo). Compárese la investigación encargada por la Comisión para la Reforma del Derecho del Servicio Público (1970-73) a Niklas Lumann/Renate Mayntz, Personal im öffentlichen Dienst: Eintritt und Karrieren, Baden-Baden 1973. Esto sería válido, más que nunca, cuando se hubiesen incluido otras cuestiones; cuestiones discutidas públicamente y que se hubiesen incluido asuntos importantes en la argumentación política; p. ej. las repercusiones sobre la ética profesional y la independencia política de los funcionarios públicos. El significado de las ciencias sociales para el cuidado del derecho podría consistir, después de todo, menos en la seguridad de los pronósticos que en la ampliación de los planteamientos del problema; o sea, en la contribución al aumento de la variedad, lo cual no hace más fácil, sino más difícil, recuperar la redundancia. Compárese, respecto a este tema, con mucho material, a Paul L. Rosen, The Supreme Court and Social Science, Urbana Ill. 1972.

consecuencias no es otra cosa que, visto desde los estándares de la investigación empírica, dotar a la imaginación de fuerza jurídica.

Desde el punto de vista teórico jurídico es natural describir cualquier flanqueo del derecho a la función social de la política como decadencia de la racionalidad jurídica - cuando no como manifestación de algo deplorable.[706] También al interior de la documentación jurídica ocasionalmente se llama la atención sobre la defectuosa consideración del efecto, por el hecho de tomar en cuenta las consecuencias.[707] Aquí el sociólogo está -a diferencia del teórico del derecho que está comprometido con el sistema del derecho- en la afortunada situación de poder prescindir de las recomendaciones.[708] El sociólogo puede observar, desde la perspectiva de segundo orden, las tendencias de la argumentación y podrá suponer que el pronóstico empírico sobre las consecuencias redunda en provecho más de la variedad que de la redundancia del sistema. Y coloca la sensibilidad de respuesta del sistema (Responsivität) ante las difundidas y cambiantes preferencias sociales, en el lugar que tradicionalmente le correspondía a la justicia.

Ante una larga historia de reflexión sobre los fundamentos, el sistema reacciona, en cierto modo, de manera perversa: mientras más busca lo absoluto, más encuentra contingencia.[709] Mientras el argumentar se enfrenta a la paradoja de la argumentación y a la imposibilidad de fundamentar las razones, más cambia de lo seguro a lo inseguro, del pasado al futuro, de lo firme a sólo lo probable. Cuando se trata de valorar las consecuencias, cada uno puede estar seguro de que los otros no pueden juzgar de forma más segura. Entonces la paradoja de la argumentación asume la forma (más fácil de aceptar) de paradoja temporal; esto quiere decir: construcción en el presente, del futuro. Pero lo que con esto sucede fácticamente es un aumento de la variedad del sistema y un reto para la formación de redundancias -sin que se sea posible llegar a una razón adicional o a una mejor razón.

Se podría suponer que en el futuro se oculta el tercer valor -que debe estar excluido de la codificación binaria. Como se sabe a partir de la discusión de más de dos mil años sobre los futuris contingentibus, esto es válido para el esquema verdadero/falso, y los primeros intentos de introducir el valor "indeterminable" como tercer valor en la lógica, tiene aquí sus

---

[706]Así en la amplia perspectiva histórica: N. E. Simmonds, The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester 1984. Comparar también Helmut Schelsky, Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaften Ausbildung von Juristen, Juristenzeitung 29 (1974), pp. 410-416; Reimpreso en idem., Die Soziologen und das Recht, Opladen 1980, pp. 196-214.

[707]Véase , como expresión conjunta de un abogado y un sociólogo, a Hans Joachim Böhlk / Lutz Unterseher, Die Folgen der Folgenberücksichtigung, Juristische Schulung 20 (1980), pp. 323-327.

[708]MacCormick, en el lugar citado (1983), p. 254, llega por el contrario a la conclusión: "So, in the main, what I shall call consequentialist reasoning law is focused not so much on estimating the probability of behavioural changes, as on possible conduct and its certain normative status in the light of the ruling under scrutiny"", pero entonces debe introducir como substitutos para esta arriesgada "conjectural answer" las categorías morales, las cuales a su vez tienen sus problemas: la "rightness" o la "wrongness", que "the branch of law in question makes relevant" (p. 256).

[709]Compárese con Raffaelle De Giorgi, Scienza del diritto e legitimazione: Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann, Bari 1979; edición alemana: Wahrheit und Legitimation im Recht: Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie, Berlín 1980 (En castellano: Ciencia del derecho y legitimación, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1998).

raíces. En el derecho el cálculo de "que sería si" parece encallar en un problema similar (que ni siquiera la ciencia es capaz de suprimir). La ciencia se ayuda con pronósticos (corregibles); el derecho, por el contrario, con decisiones incorregibles. Esto ni se puede evitar, ni se soluciona aplazando el problema. Sería también muy dudoso formular esta estructura de tiempo como un problema de legitimación del derecho y con esto liberar, descorchando la botella como si se tratara de un fantasma encerrado en ella, el problema. Lo que resulta adecuado es tener presente la artificialidad de una codificación binaria como ésta. El mundo no está organizado de esta forma -ni como acto, ni como logos, ni como el texto que lo crea. En cada observación que utiliza distinciones, el mundo se retira como lo inobservable. Este punto de vista tiene cuando menos una ventaja: permite ver relaciones de variación en el lugar donde de otra manera reinaría únicamente la desgracia amenazadora. La artificialidad de la codificación binaria del derecho debe pagar con la introducción del modo "qué pasaría sí", ya que esta forma de cálculo tiene que ser reintroducida en el sistema. Una forma, pues, del manejo de las paradojas: a final de cuentas la codificación binaria necesita más de dos valores.

VI

Habíamos dicho que las buenas razones deben siempre ser interpretadas como posibles interpretaciones de un texto -interpretaciones que pueden echar mano de la indudable validez jurídica. Toda argumentación jurídica debe mostrar la consistencia en referencia al derecho vigente y, con base en textos apropiados (interpretado adecuadamente), poner en juego la calidad de sus razones para presentar un resultado a partir de una subvención lógica: "Deduction comes only in after the interesting part of the argument, settling a ruling in law, has been carried through".[710] Sería una descripción muy simple de este complicado proceso si se dijera que el jurista deduce a partir de conceptos.

Más bien los conceptos se originan durante los procesos argumentativos y, sobre todo, por razón de aquello que se repite para ser aplicado en situaciones de decisión cada vez diferentes. Los textos no son conceptos, sino objetos (a pesar de que pueda haber un concepto acerca del texto). Los conceptos se originan en el trato con los textos, con tal de que los conceptos precisen las distinciones específicas: es decir que las distingan. Esto es precisamente lo que acontece en el argumentar. A qué es a lo que se llega con determinados puntos de vista, se diferenciará de aquello a lo que no se llega. Y aquello a lo que no se llega, no es otra cosa que otro entendimiento del problema (otra interpretación, otras reglas de decisión), que tendría otras consecuencias jurídicas. El argumentar produce una secuencia de razones y de consecuencias que, como toda secuencia, sirve para conservar y para volver a aplicar las distinciones.[711] Los conceptos posibilitan el

[710]MacCormick, en el lugar citado (1978), p. 157.
[711]Véase, para una interpretación correspondiente de causalidad, a Francis Heylighen, Causality as Distinction Conversation: A Theory of Predictability, Reversibility, and Time Order, Cybernetics and Systems 20 (1989), pp. 361-384.

acometimiento (elegido libremente) sobre las distinciones que han sido conservadas, sin que haya necesidad de volver sobre el proceso que dio pie a la secuencia: los conceptos, en su nuevo nivel, organizan distinciones emergentes. Así se llega al resultado de que la firmeza de un contrato es posible incluso bajo otras circunstancias y tiene consecuencias distintas a las del simplemente retractamiento -de tal suerte que posesión y propiedad, dolo o descuido, ilegalidad o culpabilidad, deben ser claramente distinguidas, porque sólo así es posible poder acoplar distintas condiciones con distintas consecuencias.

Con ayuda de conceptos, las distinciones pueden ser conservadas para tenerlas disponibles en caso de un sinnúmero de decisiones. Con otras palabras: los conceptos acaparan información y producen con ello la redundancia que necesita el sistema.[712] Si un juez recibe una queja para que se reponga por medio de indemnización un jarrón roto, tendría poco éxito si recurriera a un texto de la ley y buscara bajo la voz "jarrón".[713] El sistema del derecho trabaja con una organización de niveles más altos de redundancia y requiere para ello de una conceptualidad propia. En las culturas que desarrollaron conceptuación jurídica aparecen textos nuevos formulados bajo la coacción de una conceptualidad más exacta, porque de otra manera se llegaba irremisiblemente a errores: el lenguaje del derecho comienza a distanciarse más y más del lenguaje de la normalidad.

Según esto, los conceptos son artefactos históricos genuinos, ayudas para volver a retomar la experiencia relativa a casos de derecho. Correlativamente la argumentación mediante conceptos es una argumentación histórica (aun cuando no se citen textos antiguos), y la jurisprudencia conceptual es jurisprudencia histórica. Precisamente en eso consiste su función de reforzamiento de la redundancia. El análisis conceptual está, en función de esto, dirigido a la innovación. Surge de la duda de si la decisión sobre los casos que se deciden mediante subsunción del sentido de los conceptos disponibles es adecuada.[714] En la Common Law esta situación es más fácil de reconocer que en el derecho civil continental, pero existe en los dos órdenes.[715]

Tanto para las reglas como para los conceptos es válida la determinación de que deben servir para la reutilización en el sentido de la doble referencia de condensación y confirmación. Los conceptos deben ser identificables en el sentido de reconocibles. Ya han sido bautizados: ratio decidendi, obiter dictum, delegación, felonía, acto administrativo, acto merecedor de pena, efectos a terceros de los derechos fundamentales -y así miles. Al mismo tiempo, en el proceso de su reutilización su sentido saldrá enriquecido -entre otras

---

[712]Gotthard Günther piensa incluso que la evolución de la conciencia se puede explicar a partir de esta avidez por la información. Véase: Bewusstsein als Infromationsraffer, Grundalgenstudien aus Kybernetik und Geisteswissenschaften 10, I (1969), pp. 1-6.

[713]El ejemplo enseña, al mismo tiempo, algo del contexto común entre la prohibición de la denegación de justica y la abstracción conceptual.

[714]Con esto no se niega necesariamente que la aclaración de conceptos llene una función didáctica y que por eso pertenezca más a la didáctica del derecho (en donde los casos sólo se emplean para ilustrar), que a la praxis jurídica. Pero en el texto se trata más bien de una teoría del derecho y no de una teoría del sistema educativo.

[715]"The rational study of law is still to a large extent the study of history" se lee en una conferencia dirigida totalmente al pronóstico de las decisiones jurídicas, en Oliver W. Homes, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1987), pp. 457-478 (469).

cosas mediante un mayor número de reglas con cuya ayuda serán formulados; o mediante los problemas que surgen en la aplicación de los conceptos; o mediante cualquier forma (no contenida en el concepto) que resuelva esos problemas. En lo que corresponde a la "delegación", habría que aclarar si es posible una completa delegación de poder sin que se haya una transmisión de ese poder; si (y qué tanto) es necesaria una especificación de la competencia delegada de la validez y cómo esta exigencia de la determinabilidad general puede ser prescrita; si el poder delegado puede, a su vez, ser delegado. Semejantes decisiones en cuanto a las reglas se convertirán en componentes del concepto, y si se ve que el concepto no es el adecuado, se escogerá otra palabra que se juzgue más proporcionada y, de ser posible, otro concepto. En este sentido, en el concepto se conservarán experiencias que están disponibles para que sean llamadas de nuevo, aun cuando en el concepto mismo estas experiencias no estén formuladas (de otro modo lo que resultaría sería un texto) y aun cuando sólo se reactualicen bajo circunstancias muy especiales.

La discusión sobre los conceptos jurídicos se ha distorsionado porque se piensa que los conceptos deben ser conceptualizados muy puntualmente mediante la determinación de características muy específicas. Correspondientemente se cree que la razón de validez del concepto está contenida en el contexto del sistema, o en el principio de que el concepto describe la unidad del sistema. Esto da la impresión de que el concepto es válido por sí mismo, reforzado por la representación del siglo XIX, de que la dogmática jurídica era fuente del derecho. Con la renuncia teórica al concepto en calidad de fuente del derecho se requiere aclarar la relación entre conceptuación jurídica y dogmática jurídica.

Es claro que la dogmática no es ningún sistema -y esto tanto en el sentido sociológico como en sentido jurídico de una construcción a partir de un principio. Más bien la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad del argumentar en el derecho, mediante conceptos; o como el asegurameinto del concepto frente a la ilimitada cuestionablidad jurídico-política; es decir: una regla de demarcación frente a un razonar permanente en busca de fundamento.[716] El que este esfuerzo por lograr consistencia pueda convertirse en un "ensueño de una praxis apolítica", y que exista "el peligro de la alienación jurídica respecto a los asuntos y a los intereses",[717] es algo que queda a la mano. Pero esto no habla en contra de los conceptos, sino en contra de una igualación por medio de conceptos; es decir: en contra de orientarse exclusivamente por autorreferencia.

Los conceptos tomados en sí mismos no son instrucciones para la decisión. Son piedras de toque para las construcciones de derecho, las que, a su vez, están insertas en programas condicionales cuya relevancia práctica producen efectos retroactivos en los contornos de los conceptos. La formulación de conceptos ("acción indebida",

---

[716]En referencia a esto, de manera muy brillante, Josef Esser, Juristisches Argumentieren, en el lugar citado, especialmente pp. 20 y ss; muy brillante en relación a la virtuosidad del lenguaje, a la sensible flojedad en la presentación de los conceptos y a la exactitud de la orientación del problema.

[717]Formulación de Esser en loc. cit., pp. 21 y 22.

"enriquecimiento ilícito") puede ser que exprese cercanamente un requerimiento de la acción o un descontento, pero esto depende siempre de las condiciones que regulan la posición del concepto. En este sentido, la dogmática del derecho no se atiene sólo a su dogmaticidad; la dogmática jurídica no apela sólo a sí misma, a su perdurabilidad histórica, a su sensibilidad crítica. Se sostiene gracia a un contexto de aplicación que sería muy difícil de sostener si no recurriera a la formulación repetible de la fijación de los conceptos. La crítica a los conceptos hace necesario volver al problema que hay que regular, y eso lleva directo a la pregunta por la construcción de equivalentes funcionales.

Con esto se hará claro que los conceptos jurídicos no tienen la función directa de posibilitar una deducción lógica. Son, más bien, (y a partir de Saussure así se puede formular) distinciones; llaman la atención sobre las diferencias y con esto delimitan el espectro para la argumentación de lo que puede ser considerado como parecido o como análogo. La monografía clásica de Savigny sobre el "derecho de posesión (1803)"[718] -texto que ayudó a consolidar como ningún otro la "jurisprudencia del concepto"- tuvo como logro el haber diferenciado el sentido y la función entre propiedad y posesión. Los conceptos, de esta manera, precisan lo que como quaestio iuris puede ser problema, sin que automáticamente se desprenda de allí (sin ningún otro tipo de consideración) una decisión. Los conceptos no tiene absolutamente nada que ver con la lógica. Un contexto elaborado de conceptos hace posible reconocer errores, pero en esto no se trata de errores lógicos, sino sólo de desviaciones del sentido fijado por el concepto. Por consiguiente, los conceptos posibilitan el control de errores, pero, por sobre todo, su rendimiento consiste en remarcar las condiciones de éxito de las operaciones, al sobreponerse a las delimitaciones literales. Los conceptos deben ser empleados consistentemente con relación a sí mismos y con relación a las distinciones que se han marcado en ellos (así como las palabras en el lenguaje). Los conceptos construyen un metatexto que sirve de anillo de seguridad a la redundancia del sistema. Una vez que los conceptos han sido elaborados y una vez que los textos del derecho se sirven de su lenguaje, es casi imposible que el argumentar jurídico pueda prescindir de ellos. Se pueden introducir nuevas distinciones, refinarlos, deconstruirlos, supeditarlos según una ordenación superior (por ejemplo, en vistas de las nuevas formas de llevar adelante la comunidad matrimonial). Pero rebelarse contra los conceptos es una cosa tan sin sentido, como todo intento de llegar a un juicio apoyado sólo en valores e intereses.

VII

Quizás el interés por consolidar el derecho, mediante conceptos, se exageró como una especie de reacción de inmunidad contra influencias externas, en el contexto de las positivización del derecho en la sociedad moderna. Quizás lo que los problemas de decisión

[718]Según la cita de Friedrich Carl von Savigny, Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung, 5a. Ed., Stuttgart 1873.

sacaron a relucir fue la necesidad de más variedad en el sistema. En todo caso, a partir de allí, salió a escena, alrededor de 1900, una nueva teoría del derecho -propuesta que fue hecha con pathos jalonada por un movimiento intelectual más orientado al pragmatismo que a la claridad de los conceptos; más orientada por los fines que se habían propuesto que por las reglas. En Alemania esta propuesta teórica hizo su aparición apoyándose en Jehring bajo el ´titulo de "jurisprudencia de los intereses".[719] Muy pronto este movimiento fue copiado en los Estados Unidos[720], bajo el concepto de social engineering, social policy, intrumentalismo y finalmente se combinó con el de "realismo legal".[721] La función del derecho ("la finalidad del derecho") se concebía en la fórmula de "protección de los intereses" - la fórmula tautológica era: protección de intereses justos.[722] Con relación a los derechos del juez en los Estados Unidos, la validez del derecho se tomaba como una especie de autopronóstico del derecho que posibilitaba al participante experimentado prever qué intereses podrían quedar encauzados en la dinámica del derecho (quién representaría esos intereses y cómo los representaría). Esto, como se percibe con facilidad, no es sino una disposición por la redundancia suficiente. En Alemania esto dio pie para que se le diera preferencia al hecho que la dogmática del derecho civil se adhiriera a la ley, en vez de a una doctrina libre de interpretación -en el contexto de despido de la codificación del derecho civil.

Con este movimiento se llegó a nuevas distinciones y a una visibilidad que se ajustaba mejor a la teoría dominante del derecho. En Alemania, como todo mundo sabe, a este movimiento se le puso la etiqueta de "jurisprudencia de conceptos":[723] sirviéndose de una simplificación masiva de la representación polémica.[724] En los Estados Unidos este

---

[719]Véase una selección de textos importantes en Günter Ellscheid/Winfried Hassemer (comps.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974; Más antiguo: Paul Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig, 1931. Un primer intento de enlazar la conceptuación jurídica y la perspectiva de la valoración de los intereses desde el punto de vista de la orientación por fines (aunque todavía con el acento puesto en la función de los conceptos jurídicos), se encuentra en Gustav Rümelein, Juristische Begriffsbildung, Leipzig, 1878. Véase también, para la discusión metodológica desde el siglo XVIII, a Johann Edelmann, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz: Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jarhundert bis zur Gegenwart, Bad Homburg, 1967.

[720]Compárese con Roscoe Pound, Mechanical Jurisprudence, Columbia Law Review 8 (1908), pp. 605-623.

[721]Entretanto existe una copiosa investigación tanto biográfica con histórico-teórica. Para una mirada de conjunto con el acento puesto en una presentación crítica del concepto teórico del derecho véase la ya citada monografía de Robert Samuel Summmers, Instrumentalism and American Legal Theory, Ithaca 1982.

[722]Una revisión de los conceptos que repite y recapitula muchos statements, se encuentra en Roscoe Pound, Jurisprudence, St. Paul, Minn., 1959, Vol. III, pp. 3-373.

[723]Compárese tan sólo con Horst Jacob, Wissenschaft und Gestezgebung nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Padeborn 1983; Regina Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts, Francfort, 1988; Joachim Rückert, Autonomie des rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988; Ulrich Falk, Ein Gelehter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogennanten Begriffsjurisprudenz, Francfort 1989; id., "Ein Gegensatz principieller Art", en Rechtshistorisches Journal 9 (1990), pp. 221-240.

[724]En todo caso la polémica contra la polémica no debe exagerarse. El concepto de Jehring sobre el concepto de jurisprudencia claramente se ve que no está dirigido contra el uso indiscutiblemente necesario de conceptos en el derecho sino "contra la desorientación de la jurisprudencia actual, la cual no toma en cuenta la finalidad práctica y las condiciones de aplicabilidad del derecho. La actual sólo contempla un objeto en el que lo que está contenido en sí mismo tan sólo se deja probar mediante un pensamiento lógico que desde sí mismo obtiene su estímulo y su finalidad". Por lo demás vale el que: "Toda jurisprudencia opera con conceptos que lo mismo significan pensar jurídico que pensar conceptual. En este sentido toda jurisprudencia es

movimiento se dirigió, acompañado de una fuerte connotación "social", en contra del constructivismo analítico, en contra del social darwinismo y en contra de la tesis de que la función del derecho debería consistir en la máxima garantía de las libertades individuales.[725] Es importante tener ante los ojos la simplificación que se lleva a cabo cuando se enfrenta la jurisprudencia de conceptos contra la jurisprudencia de intereses, ya que allí se ve con claridad que el cambio de teoría sólo comporta una fórmula en la que sólo se sustituye una determinación externa por otra, esto es: libertad, por intereses.

Que el concepto de interés fue introducido en una forma de controversia teórica que aun hoy la historia de la teoría (aunque en una forma más sopesada) así lo describe, esconde algo importante. No se llega a los intereses cuando se subraya, siempre de nuevo, que el derecho no es el que crea los intereses, sino sólo el que los reconoce.[726] La pregunta es entonces qué intereses son los que considera el derecho que deban protegerse y cómo decide el derecho sobre el conflicto de intereses. Si se quiere saber esto, no hay más observar el derecho mismo *y no los intereses* (los realistas dirían: prever el comportamiento del juez). Se deben sólo poner a disposición las redundancias necesarias. No se acepta esto de buena gana, pero las fórmulas de evasión son suficientemente vagas: if you ask how he (el juez) is to know when one interest outweighs another, I can only answer that he must get his knowledge just as the legislator gets it, from experience and study and reflection, in brief, from life itself".[727] Ya hemos visto, que el recurrir a la previsión de las consecuencias hace que este problema se complejice, pero en principio no se soluciona. La fórmula de los intereses desbalancea la praxis jurídica con instrucciones tomadas del entorno: el mejor derecho debe ser el que garantice el máximo de los intereses. Entonces el derecho no tendría ningún "valor específicamente propio" (Eigenwert).[728] Pero justo por eso no está claro qué es lo que el derecho de los intereses coloca en el lado opuesto de la forma, cuando no se aceptan como válidas vaguedades tales como el apelar a la experiencia vital del juez -porque, ¿quién quisiera quedar incluido de esa manera?..

Naturalmente se puede contestar: el interés público, el bien común, la totalidad de "los bienes comunes", esos son los verdaderos intereses. Pero entonces ¿qué es lo que no sería un interés? Así, el derecho se convertiría él mismo en interés. Y para citar de nuevo a Cardozo: "One of the most fundamental social interest is that the law shall be uniform and

---

jurisprudencia conceptual -empezando por la romana. Por eso el complemento no es algo que deba introducirse como lo primero" (Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum (1884), citado según la edición de Leipzig 1924, reimpr. Darmstadt 1964, p. 347). El notable aumento en dirección de una jurisprudencia conceptual lo aclara jehring (en ibidem. P. 363) a través de la moderna y penetrante separación entre enseñanza (universitaria) del derecho y su práctica de aplicación.

[725]Esta idea de "maximum of free individual self-assertation" ya ha sido rebasada por el desarrollo social, opina Roscoe Pound, An Introduction to the Phisophy of Law (1922), 2a. ed., 1954. Reimpr. New Haven 1959.pp. 40 y ss. Y así es de hecho: para eso ya no hay ninguna tierra disponible en norteamérica.

[726]Pound, Jurisprudence, op. Cit., Vol III, Pp. 17, 21.

[727]Benjamin N. Cardozo, The Nature of the judical Process, New Haven 1921, P. 113.

[728]Como crítica a este punto compárese con Julius Stone, A Critique of Pound´s Theory of Justice, Iowa Law Review 20 (1935), pp. 531-550. Pound, quien frecuentemente cita esta crítica, la tiene como digna de tomarse en cuenta.

impartial".[729] Entonces el derecho se refleja a sí mismo en el entorno de sus intereses; se observa como observan los interesados. El derecho tiene que ponerse a disposición denegando intereses. Pero ¿cómo podría ayudar en esto el sentido común y la experiencia de vida del juez? Y cómo ayudaría a que los intereses del entorno fueran compatibles con el derecho y que otros intereses también tuvieran cabida en el derecho? Como resultado se trata de una exigencia que se sale de madre, dado que la rigurosidad en la dogmática jurídica y el control conceptual indispensable, hacen que la flexibilidad y la sensibilidad de respuesta (Responsivität) de la praxis del derecho aumenten. En vistas de una creciente praxis decisional del juez, expresa Esser: "Se multiplican las decisiones que utilizan como fundamento el descubrimiento puramente situativo y notativo de la responsabilidad y del llamado del deber, sin un gran sustento en la dogmática.[730] O en otro contexto: "con los valores no se va más allá del estadio de la verbalización".[731]

VIII

Con el instrumental de la teoría de sistemas no es difícil reconstruir los problemas a los que se ha aludido. En un sentido muy general se pueden distinguir entre argumentos formales y argumentos sustanciales.[732] Los argumentos formales desembocan en el sistema, en el texto, en los protocolos (por ejemplo: documentos notariales). Estos argumentos formales están destinados a impedir que haya desviaciones respecto de los argumentos objetivos. Por el contrario, los argumentos sustanciales involucran consideraciones que encuentran reconocimiento fuera del sistema (como si se reconocieran dentro del sistema).[733] Con una argumentación formal, el sistema pone en práctica la autorreferencia; con una argumentación sustancial, la heterorreferencia. La argumentación formal está dictada, en última instancia, en todos los niveles, por la necesidad de llegar a una decisión, tratando de evitar que la complejidad del mundo emerja en la decisión. La argumentación sustancial evita que el sistema se aísle a sí mismo. Si se

---

[729]Op. Cit., p. 112. Véase también a Philipp Heck, Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz, Tubinga, 1914, p. 180, sobre "el interés por mantener el orden que ya ha adquirido validez".

[730]Juristisches Argumentieren, op. Cit., (1979), p. 22.

[731]Así en: Argumentations -und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, Etudes de logique juridique, Vol. VI, Bruselas 1976, pp53-77 (61).

[732] Esta distinción se introduce en general invocando a Max Weber. Véase, p. Ej., a Richard Lempert / Josef Sanders, An Invitation to Law and Social Science, White Plains N.Y. 1986, pp. 9 ss. En todo caso esta distinción no debería confundirse con la distinción derecho procedimiental/ derecho material, aun cuando el derecho procedimental, debido a su función de organizar la decisión, muestra más elementos formales que el derecho material. Patrick S. Atiyah / Robert S. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law: A comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions, Oxford 1987, utilizan la distinción formal/substantiva para comparar la Common Law inglesa, más formal, con la americana, más substancial. También para comparar los distintos modos de interpretación de las cortes de última instancia de diferentes países, esta distinción juega un papel importante. Véase a MacCormick / Summers en el lugar citado (1992): Francia (más formal) y E.E.U.U. (más substancial), como casos extremos.

[733]Atiya / Summers, en el lugar citado, p. 65 s., formulan: "A substantive reason may be defined as a moral, economic, political, institutional, or other social consideration".

observa esta distinción desde la perspectiva de una observador de segundo orden, entonces se cae en la cuenta de que hay razones sustanciales para la argumentación formal que no se tomarán en cuenta en la fundamentación. Y que la argumentación sustancial echa mano de reglas de detención y de poder de convencimiento -condiciones éstas que, en el siguiente momento, pueden ser puestas en duda.

Con ayuda de esta distinción la relación con el concepto se puede designar como formal, y la relación con el interés, como sustancial. Los conceptos son experiencia almacenada a partir de los casos jurídicos -pero que ya no se admiten como experiencias ni se discuten críticamente. Al contrario, los intereses remiten a los catalizadores de autoorganización de las relevancias que están en el entorno. Sin que se tome en cuenta esta referencia, es evidente que el argumentar es siempre una operación interna del sistema -ya se trate de una observación formal o conceptual; ya se trate de una observación sustancial u orientada por intereses. Por esto, para las operaciones del sistema del derecho, los intereses deben ser preparados y presentados de forma tal que hagan posible que se tomen sobre ellos decisiones fundamentadas -en especial en los casos de conflicto de intereses. Quien comunica sus intereses en otras formas, por ejemplo como simples deseos o preferencias, no se hace reconocible como participante en el sistema del derecho. Desde el punto de vista del sistema jurídico, los intereses son, en su estado natural, de igual valor. Por así decirlo, el sistema homogeneiza aquello que percibe como información sobre los intereses, ya que el sistema está dirigido hacia las decisiones e interesado sólo en los intereses que debe proteger y en los que debe sacrificar en caso de conflicto. Y esto, sólo esto, es lo que debe ser mostrado a través de la argumentación.

Con el concepto de interés el sistema construye, para fines internos, la heterorreferencia. El concepto hace referencia a algo que debe estar presupuesto como entorno -aunque en compatibilidad con un concepto que le hace justicia al hecho de que las posibilidades de información son un proceso que se lleva a cabo internamente en el sistema. La unidad del interés se puede descomponer más adelante (por ejemplo, para fines terapéuticos): la unidad es una construcción interna del sistema.[734] Esto es válido también para la versión reflexiva sobre el derecho, es decir, para la versión en la que el sistema construye un interés del entorno desde el sistema del derecho: confiabilidad, uniformidad, predecibilidad, imparcialidad del ejercicio del derecho.

Pero de igual manera se puede partir de la autorreferencia de las operaciones del sistema. La autorreferencia se expresará en la forma de los conceptos jurídicos -conceptos que sirven para restringir las construcciones que son enlazables dentro del sistema y que pueden ser asociados con la circulación simbólica de la validez. Esto no significa que

[734]Anotamos como aclaración y para repetirlo: la *unidad* de intereses. En otras palabras: la fijación comunicativa del interés por la referencia en la comunicación posterior. No se negará que bajo eso subyace una realidad, que no se puede reconstruir dentro del sistema a nuestro antojo.

haciendo referencia a los conceptos se argumente circularmente.[735] En el fondo de los conceptos subyace, por cierto, la tautología y la recursividad general de las operaciones del sistema. Pero los conceptos posibilitan precisamente el despliegue de la tautología, su descomposición en identidades distinguibles a las que se puede hacer referencia para distinguir problemas de derecho. Cuando cada concepto que se utiliza en el sistema, es un concepto de derecho que llena la función de destautologizar la autorreferencia, queda en claro que también el concepto de interés es un concepto del sistema del derecho -concepto que obliga al sistema (y únicamente a este sistema) a distinguir entre intereses legítimos e intereses ilegítimos. El sistema puede, cuando dispone de suficientes formas de observación, observarse a sí mismo a partir del entorno y observar el entorno a partir de sí mismo. En la observación subyace una y otra referencia. Y aunque el sistema no puede reducir estas referencias a una, por así decirlo, "objetiva", sí puede oscilar entre las dos para sacar provecho de cada uno de los puntos de vista delimitados y así llegar a una decisión fundamentada.[736]

La controversia entre la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses tiene una parecido con la antigua discusión científica entre racionalismo (tipo Descartes) y empirismo (tipo Bacon). Aquí se ha llegado con un poco de dificultad (aunque se renuncie a desadisgusto a las "controversias) al resultado de que el operar de facto del sistema requiere de ambos lados de la distinción. Y una cosa análoga es válida para el derecho.

En Jehring ya había quedado claro: el énfasis en la protección de los intereses de ninguna manera debería entenderse como recomendación para juzgar sin conceptos. La critica de "la jurisprudencia de conceptos" se dirige más contra el sistema de las ideas que contra la herramienta misma de los conceptos. Con este punto de vista se realiza una inversión que va del sistema deductivo a la técnica jurídica -que al mismo tiempo devalúa, pero reconoce.[737] Es conocido -o al menos lo era- que únicamente a partir de los intereses no es posible deducir ninguna decisión.[738] Sin embargo, lo que en la controversia no queda bien iluminado es el sentido de la distinción. Se trata, en última instancia, de una distinción de las distinciones. Los conceptos serán (de otra manera) distinguidos como intereses. Pero en ambos caos las distinciones se proponen desde el interior del sistema y tienen sentido sólo para las operaciones del mismo sistema de derecho. Los conceptos ayudan a refinar la "quaestio iuris" y a restringir el espectro de la analogía. En cambio, con los intereses se trata en primer lugar de distinguir entre intereses que se favorecen legalmente e intereses que legalmente se postergan. Esta distinción tiene la ventaja de que guarda, en la memoria del sistema, los intereses postergados de tal suerte, que si se diera el caso, se

---

[735]Entonces una argumentación circular es también un caso especial. Julius Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings, Stanford Cal. 1964, pp. 235 ss. (258 ss.), bajo el título general de "illusory reference" tratada y justificada con ejemplos.

[736]Compárese para esto con Stein Bråten, The Third Position: Beyond Artificial and Autopietic Reduction, en: Felix Geyer / Johannes van der Zowen (editor), Sociocybernetic Paradoxes, Londres 1986, pp. 193-205.

[737]Compárese ante todo con François Gény, Science et technique en droit positf: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 Vol. París pp. 1913-1930.

[738]Compárese con Edelmann en el lugar citado, p. 89 s. invocando a Heinrich Stoll.

podría volver a probar si el postergamiento sigue justificándose.[739] Con un concepto tomado de Ives Barel se podría hablar de "potenciación" de los intereses.[740] Esto confiere a la decisión total un sentido finalmente paradójico. El conflicto de intereses se decide en un nivel y en otro es tratado como indecidible, en tanto que los intereses postergados se recuerdan como intereses con un posible valor -el recuerdo se produce precisamente mediante su postergación. Precisamente cuando la jurisprudencia de intereses entiende las decisiones del legislador como decisiones en favor (o en contra) de los intereses, ella se reserva (en la fórmula de los intereses) la nueva valoración, en constelaciones distintas que no habían sido tomadas en cuenta por el legislador. En este sentido, la jurisprudencia de intereses se distingue de la estricta interpretación teleológica del derecho -la cual pregunta sólo por el propósito perseguido por el legislador, para luego hacerlo realidad en casos conflictivos. Precisamente el mantener reservada la nueva valoración, presupone que el sistema del derecho presenta primero los intereses como preferencias motivadas a partir de sí mismas para luego, en la valoración legal, diferenciarlos: favorecidos o postergados.

Tanto dogmáticamente como metódicamente, a partir de estas reflexiones, se sigue que la fórmula "ponderación de intereses" debe ser desechada como principio de derecho.[741] Se podría afirmar esto con el dicho latino: In hac verbi copula stupet omnis regula. Desde el punto de vista del método, esta fórmula de ponderación ha fallado porque no se han podido realizar la indicaciones operativas. La fórmula sirve en la práctica como una máxima de aquello que Max Weber hubiera expresado como Kadi Justiz.[742] La fórmula es desde el punto de vista de la Constitución dudosa, si no es que llanamente anticonstitucional. Ya que a partir de las valoraciones de los artículos 1-3 de la Constitución alemana se deduce que el juez debe considerar los intereses de igual rango, en tanto que el derecho mismo (y el juez) no prevea diferentes valoraciones en casos conflictivos. Dicho de otra manera: la fórmula "ponderación de intereses" no es ningún derecho vigente: se refiere a problemas de comprensión del comportamiento objetivo,[743] pero no al fundamento legal de la decisión. La fórmula se encuentra situada en el campo de la heterorreferencia del sistema y no produce lo que se debe exigir de cada decisión: la mediación entre la autorreferencia y la

---

[739]Günter Elscheid, introducción en: Ellscheid/Hassemer en el lugar citado (1974), p 5 s., habla del "significado hermenéutico del interés postergado" y además hace notar que: "Mientras que la jurisprudencia del interés da instrucciones metódicas para evitar la desaparición de los intereses postergados del horizonte de interpretación, introduce una idea más formal de justicia en el método jurídico". Aquí habría también que recordar la sabia precaución del derecho judío: conservar la tradición del disenso en el derecho y, con ello, mantenerlo disponible para nuevas ponderaciones. Cfr., la nota del capítulo 153 del cap. 2, X.

[740]Véase a Yves Barel, Le paradoxe et le système: Essai sur le fantastique social, 2a. edición, Grenoble 1989, p. 71 s., 1985 s., 392 s.

[741]Tan sólo véase la crítica de Gerhard Struck, Interessenabwägung als Methode, en Dogmatik und Methode: Festgabe für Josef Esser, Kronberg/Ts. 1975, pp. 171-191. También Heinrich Hubmann, Die Methode der Abwägung, en idem., Wertung und Abwägung im Recht, Colonia 1977, pp. 145-169 muestra que los fallos en los casos en que es practicada la ponderación, está muy lejana de poseer suficiente claridad metódica.

[742]Y así también Hans-Martin Pawloski, Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes, 2a. edición, Heidelberg 1991, pp. 24 ss.

[743]Véase a Struck en el lugar citado, pp. 183, 185.

heterorreferencia. El paso de la jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia de valores[744] y de la ponderación de intereses a ponderación de bienes, por lo menos hace justicia a la crítica, en tanto que la valoración no debe surgir de los intereses, sino del juez que indaga con base en los reglamentos mismos del derecho.[745] O quizás se debería de decir: del juez que debería indagar, ya que la praxis durante la indagación de las valoraciones del derecho (en caso de conflicto de valores) está totalmente sobrepasada por las exigencias -el teórico de la decisión ve esto de golpe, pero luego termina orientándose por los intereses. Por otra parte, ahora, se encuentra una verbalización (que no se puede comprobar) de tales valoraciones a través de fórmulas que utilizan conceptos que producen sospechas (por ejemplo, "daño social"). Esto lo que provoca es que el sistema interrumpa las figuras esforzadas que proporciona la dogmática del derecho y que se podrían tratar de adaptar a los resultados novedosos de los casos decididos. También la racionalidad "sustancial" normalmente se define en relación a los valores socialmente aceptados.[746] El componente retórico en la fundamentación de las decisiones va en aumento: conviene al estilo "democrático" de la política el quedar bien.

Si hay marcado desbalance histórico entre praxis del derecho con primacía en la heterorreferencia (instrumental, sustancial , referida a intereses), y praxis con primacía en la autorreferencia (formal, analítica, conceptual), es algo que debe dejarse a próximas investigaciones.[747] De todas maneras ningún sistema en esta forma auto/hétero puede perder de vista alguno de los lados, ya que eso anularía la forma misma. Cuando el posible margen de maniobra se reduce a esta forma (la distinción entre autorreferencia = formal y heterorreferencia =sustancial) es claro que no hay ninguna preferencia "natural" (de derecho natural") por la autorreferencia. La vieja enseñanza de la conservatio sui que en su época estuvo dirigida contra las enseñanzas naturales de procedencia aristotélica, está alojada (si se utiliza la teoría de sistemas), dentro del concepto de autopoiesis (el cual no señala ninguna preferencia del sistema, sino sólo la existencia del sistema). Esto confiere una libertad para analizar la cuestión de la autorreferencia/heterorreferencia como un

---

[744]Compárese, p. Ej., con Pawlowski, en el lugar citado, pp. 381 ss.; y acerca de la ponderación de bienes: pp. 351 ss. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtwissenschaft, 5a. edición Berlín 1983, pp. 117 ss.

[745]Otra atenuación residiría en considerar desde el principio la ponderación del interés únicamente como complemento del repertorio clásico del método de interpretación. Así p. ej. Reinhold Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre citado de la 2a. edición Munich 1974, p. 58 s. Sin embargo, esto presupone que se tendría que especificar cuál es el reglamento válido del derecho, en el caso concreto. O también, en este punto, que una ponderación únicamente se llevaría a la práctica cuando la situación del derecho llevara a una colisión entre normas y deberes. Así para la "ponderación de bienes" véase, en el lugar citado, pp. 388 ss. Pero esto presupone que se puede especificar qué reglamentos del derecho chocan en el caso concreto.

[746]Compárese con la nota de pie de página 137.

[747]William E. Nelson, The Impact of the Antislavery Movementupon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America, Harvard Law Review 87 (1974), pp. 513-566 presupone un cambio de los argumentos instrumentales hacia los formales como consecuencia del movimiento antiesclavista. Sin embargo véase también la crítica con contraejemplos de Harry N. Screiber, Instrumentalism and Property Rights: A Reconsideration of American "Styles of Judicial Reasoning" in the Nineteenth Century, Wisconsin Law Review 1975, pp. 1-18, compárese además también la investigación, que los reseñadores han tomado muy críticamente, de Marc Tushnett, The American Law of Slavery 1810-1860: Considerations of Humanity and Interest, Princeton 1981.

problema duradero del sistema que permite conferir diferentes pesos. Lo que cuenta es la distinción. Después se podrá investigar, en relación a determinadas situaciones históricas sin son de esperar desplazamientos de la tendencia -ya sea en el sentido predicho por Weber que va de la racionalidad formal a la racionalidad sustancial; o de su contrasentido: el hoy tan exigido regreso a criterios de decisión orientados más fuertemente hacia el derecho y a la justicia (igualdad/desigualdad).[748]

La relación entre autorreferencia y heterorreferencia, como se puede leer en el famoso caso modelo de la conciencia individual, es un problema básico de los sistemas altamente desarrollados en el medio del sentido. Esto no es idéntico con el problema de la relación entre variedad y redundancia. A pesar de ello se puede suponer que se introduce más variedad en el sistema mediante el concepto de heterorreferencia con el que incluso el sistema se puede "alienar" (es decir: reducir a un interés), que con una técnica de distinción que, finalmente, está vacía conceptualmente. Y si esto es verdad, y no dan otro giro social, religioso o político la comunicación de intereses, se puede comprender con claridad que el restablecimiento de la semántica del interés señala la necesidad de un orden que implica una variedad más alta -esto se nota desde hace mucho en la teoría económica; en la política, desde el siglo XVII; en la estética, desde el XVIII. Sin embargo, en la teoría del derecho esto se puso de manifiesto hasta después: a partir de que empiezan a tener consecuencias las medidas eficaces tomadas por la positivización del derecho; es decir: a partir del dominio del positivismo en la teoría del derecho.

IX

Si se observa la interpretación, la argumentación y la fundamentación como operaciones del sistema jurídico, entonces la deducción lógica cae bajo este concepto. La deducción lógica está caracterizada por un tipo especial de seguridad que instituye la forma de: lógica concluyente/lógica errónea. Con ello, la lógica manipula de tal manera la operación que es posible la adjudicación inequívoca hacia un lado o hacia el otro de la forma. Sin embargo, la disposición sobre las premisas que requiere la fundamentación, impide que la lógica pueda fundamentar. Esto se sabe desde Gödel. No obstante, sería equivocado deducir de esto una crítica a la deducción lógica o incluso deducir (¡deducir!) que la lógica es irrelevante. Por eso, se debe formular de otra manera la tarea de la lógica.

Dentro del contexto teórico sistémico y, más específicamente dentro del contexto de la organización de la redundancia, la lógica cumple una función especial. En formulación negativa: es importante que, en el otro lado de la forma, la lógica posibilite la *comprobación* de errores. La lógica es (y hace) sensible a los errores. La reconstrucción lógica es, por lo tanto, una técnica de refutación, de redireccionamiento de las fundamentaciones, en favor

[748] Que esto, visto *institucionalmente*, en los E.E.U.U. tiene pocas posibilidades (y lo mismo se puede suponer para Alemania), lo muestra Joachim J. Suelsberg, Law That Does Not Fit Society: Sentencing Guidelines as a Neoclassical Reaction to the Dilemas of Substantivized Law, American Journal of Sociology 97 (1992), pp. 1346-1381.

de otra decisión. Pero además la lógica tiene también una función positiva: sirve, igual que la predicción de consecuencias en la decisión, a la *canalización de irritaciones.* Si, por las razones que sean, las expectativas normativas se ponen en duda o se contrarían, entonces la lógica pone de manifiesto aquello que aún debería ser modificado, en caso de modificación. Como ciertamente se sabe, la transformación de las expectativas normativas no se puede obtener por la fuerza. De los hechos no se pueden deducir las normas. Sin embargo, si los hechos estimulan suficientemente las normas, entonces, con la ayuda de la lógica, se puede reconocer qué consecuencia tendría una modificación normativa, un "overruling", etcétera, dentro del sistema. La lógica pone a disposición una red de conexiones que con frecuencia conducen más allá de lo intuitivamente evidente. Y precisamente por ello, suministra también argumentos contra una modificación de la ley, con motivo de un caso concreto.

También esto es una forma con dos lados. Con la ayuda de la lógica se puede también ver el lado que no ha sido afectado. Puede ser que el poder de llaves que extiende la esposa adinerada al marido tenga consecuencias en el derecho matrimonial. ¿Pero lo tendrá también en el derecho de compra? Expresado con otras palabras: la lógica protege al sistema frente a efectos remotos (demasiado intrincados) de las modificaciones. Con ello la lógica facilita la introducción de modificaciones. En el sentido de Ashby: hace "ultraestable" al sistema.[749]

Junto con el concepto clásico de demostración "logocéntrica", la argumentación racional se supone que conduce hacia la unidad del sistema, esto es, que pudiera garantizar el "derecho correcto". La argumentación, al depender de los casos y de los textos, alcanza a lo sumo una racionalidad "local". De esta misma manera, la racionalidad política es siempre sólo racionalidad estratégica. De este mismo modo, la racionalidad económica está ligada a los balances y a los presupuestos -que limitan extremadamente lo alcanzable y el esfuerzo razonable de información. La argumentación no puede garantizar, aun con la más grande agudeza, que una determinada solución del problema pase la prueba de ser inequívocamente la mejor y que, con ello, conduzca a la decisión correcta. Precisamente en la praxis de consulta del tribunal se pone de manifiesto que las diferentes decisiones se pueden justificar más o menos con la misma calidad. Entonces se tiene una situación que no está determinada de manera inequívoca, mediante la argumentación; sino que permite, en la terminología de Herbert Simon, una "satisficing behavior".[750] La decisión puede, o incluso debe ser tomada echando mano de criterios de segundo rango (o como decisión de la mayoría, es decir, sin atenerse a criterios homogéneos). Dicho de otra manera: el sistema no puede garantizar, ni en lo global ni en el detalle, un estado racional propio, con independencia de la calidad con que selecciona los criterios -y esto también en lo relativo a las altas pretensiones de una argumentación jurídica buena que muestra tener pericia

[749]De acuerdo con W. Ross Ashby, Design for a Brain: The Origin of Adaptive Behavior, 2ª edición, London 1960, p. 98 y s.
[750]Compárese con Herbert Simon, Models of Man - Social and Rational: Mathematical essays on Rational Human Behavior in a Social Setting, Nueva York 1957, p. 204 y s, 252 y ss.

profesional. Una teoría del discurso como la de Habermas que ignora esto, no le hace justicia a la capacidad tan desarrollada que tienen los medios jurídicos para convencer, y tampoco ese tipo de teoría alcanza el objetivo que se propone. No puede introducir, de nuevo, en el sistema la demanda de información ocasionada precisamente por los argumentos, sino que se ve obligada a trabajar con la ficción legal de que, en última instancia, la razón vencerá si se apega a determinadas condiciones de procedimiento.

Nuestra moderación en lo relativo al supuesto de la racionalidad alcanzable (y agregable) proviene de que nos ajustamos a la tesis de la teoría de la evolución de que la complejidad no es una meta natural o racional de la evolución, sino un producto colateral que se presenta con ella.[751] Por lo tanto, la argumentación jurídica tampoco está relacionada con la utilización instrumental del recurso de la complejidad, sino con la pregunta de cómo el sistema, a pesar de la creciente complejidad evolutiva, se las arregla, y esto significa: la posibilidad de reproducirse, con la clausura de sus operaciones, en una relación capaz de continuarse en referencia al entorno.

X

Por último regresamos a un aspecto ya varias veces mencionado. La argumentación se entiende siempre en un contexto de observación de segundo orden. Se trata siempre de la elaboración de un argumento en vistas de otros observadores. El sistema jurídico pone de manifiesto, al prepararse para una argumentación (que en la praxis se presenta siempre de forma abreviada), las características típicas de los sistemas que atienden a una función.[752] La economía orienta sus operaciones por los precios, dado que esto ofrece la posibilidad de observar cómo los observadores observan el mercado. La política orienta sus operaciones por la opinión pública, para observar la resonancia de sus acciones a través de los ojos de otros observadores. El artista ordena su obra, mediante la elección de formas que la determinan, de tal manera que los observadores pueden observar cómo él ha observado. En el educador se supone una intención, ya que de otro modo no se podría observar la manera específica en la que el sistema observa a los alumnos (o al revés: cómo ellos son vistos como niños). De esta manera se hace comprensible un medio a través del cual se

---

[751]Compárese con cap. 6, V.

[752]Acerca de los ejemplos que serán mencionados, véase a Dirk Baecker, Information und Risko in der Marktwirtschaft, Francfort 1988: Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Francfort 1988, especialmente p. 93 y ss. Niklas Luhmann, Gesellschaftliche Komplexität und öffentliche Meinung, en Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung, tomo V, Opladen 1990, p. 170-182, Niklas Luhmann, Weltkunst, en: Niklas Luhmann/Frederick D. Bunsen/Dirk Baecker, Unbeobachtbare Welt: Über Kunst und Architektur, Bielefeld 1990, p. 7-45, (23 y ss) (En castellano: El arte como mundo en Teoría de los sistema sociales II (artículos), U. Iberoamricana, U. de los Lagos, Iteso, Chile, 1999); Niklas Luhmann, Das Kind als Medium der Erziehung, Zeitschrift für Pädagogik 37 (1991), p.19-40; Niklas Luhmann, System und Absicht der Erziehung, en: Niklas Luhmann y Karl Eberhard Schorr (editor), Zwischen Absicht und Person: Fragen an die Pädagogik, Francfort 1992, p. 102-124; Niklas Luhmann, Sozialsystem Familie, en: Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung, tomo V, Opladen 1990, p. 196-217; Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Francfort 1990, passim, especialmente p. 362 y ss. (En castellano: La ciencia de la sociedad, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996, Capítulo 6)

puede observar cómo el educador selecciona aquellas formas por la que se orienta para educar. Los ejemplos se podrían multiplicar. Entonces tampoco es pura casualidad que, paralelamente a la creciente prominencia de una pluralidad de sistemas de funciones en el siglo XVIII, también la teoría de la interacción se modifique: que pase, por ejemplo, de la forma de disposiciones de conversación a la observación de los observadores. Si en el nivel de observación de segundo orden este desplazamiento de las operaciones centrales se correlaciona con el proceso de diferenciación de los sistemas funcionales, entonces se puede suponer que, dentro de una teoría de la sociedad, estas características pertenecen a la estructura de la modernidad.[753] Entonces las particularidades de cada uno de los sistemas que atienden a una función pasan a un segundo plano. La pregunta de *cómo* se llega a esta estructura de observación de segundo orden, encuentra diferentes respuestas de sistema a sistema (y, sin embargo, son comparables). En cambio *el hecho* de que esto acontece tanto en un caso como en el otro, pertenece a las condiciones del proceso de diferenciación del sistema. *Por eso*, se debe argumentar dentro del sistema jurídico, dado que el derecho debe buscar un asidero dentro de sí mismo (y no un asidero en el mundo) en ese proceso de diferenciación. Esto exige un cierre recursivo en el nivel de la observación de segundo orden.

Estas afirmaciones llevan hacia las preguntas acerca de las tipologías y las maneras en las que las teorías de reflexión de los sistemas correspondientes describen esta circunstancia. O con más exactitud: cómo se aseguran de que observan razonablemente, aun cuando observan únicamente la observación. La coordinación entre la autodescripción y la autodotación de sentido requiere de algo enfático que ya no puede cuestionarse más. Esto significa: fijar "inviolate levels" (Hofstadter). De esta manera la economía (o la teoría económica si se cita a Hayek) asocia los precios condicionados por el mercado con la racionalidad del proceso de información; o la política que asocia la opinión pública con la democracia; o el sistema educativo que asocia las intenciones educativas con las buenas intenciones. También la cultura de argumentación del sistema jurídico se sustenta en semejantes reglas conclusivas para lograr su autodotación de sentido. Estas reglas toman la forma de asimetrías, que ya no se cuestionan más. Se trata de "la aplicación de la norma" y si es todavía necesario para la argumentación de "comentario de un texto". Se trata, pues, de distinciones muy específicas. En observaciones minuciosas de cómo es el trabajo práctico, se han descubierto círculos. La norma se produce en el momento en que se aplica, y esto se lleva a efecto recurriendo a un sentido reconocible. El comentario realiza el círculo hermenéutico en la medida en que primero determina lo que debe ser comentado. Con ello se realiza un arreglo en el que se hace justificable el porqué es necesario un comentario de aquello que hay que fundamentar.

---

[753]Acerca de ello, Niklas Luhmann, Beobachtungen der Moderne, Opladen 1992 (En castellano: Observaciones de la modernidad, Paidós, Barcelona, 1997).

En este sentido nos encontramos todavía en el terreno acostumbrado de la moderna discusión de los métodos. Pero cómo es que se realiza esto -independientemente del círculo- sólo para posibilitar la observación de segundo orden? Si esta suposición se confirmara, entonces se trataría al fin y al cabo de la elaboración de textos sobre las normas para organizar las relaciones de observación. Entonces se trata de textos en los que "se abstrae el tiempo". Estos textos no garantizan ciertamente ninguna observación que sea igual para todos los observadores. Sin embargo, son capaces de establecer metas suficientes que se pueden alcanzar, mediante la utilización de formas específicas (distinciones) y mediante la exclusión de la arbitrariedad (de la descomposición, de la entropía). Semejante textos sobre las normas no permitirían echar un vistazo (de igual manera como sucede con los complejos programas de las computadoras) a las operaciones que se desarrollan concretamente y tampoco garantizarían ninguna igualdad de sentido en los resultados de la observación. Pero podrían ser los suficientemente específicos como para que se reconociera cuándo está presente una razón para modificar los textos mismos. Estos textos normativos le posibilitarían al sistema reaccionar a las irritaciones pertinentes, sin tener el control total de las operaciones.

Si estas reflexiones están en el tono correcto, se puede reconocer que la discusión acerca de los métodos, en estos últimos años, buscan caminos parecidos. Esto es válido para las reflexiones antiguas acerca de la examinación judicial de las leyes con respecto a su constitucionalidad -estas reflexiones esquivan el difícil camino de la suspensión de la ley y su nueva redacción en el trayecto de legislar apoyándose en la interpretación.[754] Esto es válido también para los trabajos que conectan con la doctrina de la estructuración jurídica de Friedrich Müller.[755] Y esto es válido sobre todo para el discurso policontextural, relativista, con respecto a la organización del contacto con el derecho que ha desarrollado Karl-Heinz Ladeur.[756] Si se hiciera una digresión hacia la sociología, se podría pensar en el concepto de "structuration" de Guidens; o si se hace la digresión hacia la filosofía, en el concepto de Wittgenstein de juego lingüístico -que se podría concebir como un evento de observadores para observadores. No faltan indicios para comprobar esta tendencia. Sin embargo, lo que realmente importa es ver más allá de las apariencias de disolución de lo clásico: norma-texto y cánones metodológicos. Quizás estemos presenciando una nueva forma de ordenamiento emergente que se ha trasladado de lleno al nivel de la observación de segundo orden y que, desde esa posición, determina aquello que tiene valor de enlace y que cuenta, por lo tanto, como realidad.

---

[754]Véase, por ejemplo, a F. James Davis et al., Society and the Law: New Meanings for an Old Professión, Nueva York 1962, p.163: “The result has been that judicial construction has become as much a part of statutes as the text itself.”

[755] Véase a Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, Berlín 1984.

[756]Véase, p. Ej., a Karl-Heinz Ladeur, Gesetzesinterpretación, “Richterrecht” und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive: Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77 (1991), p. 176-194.

A esto se debe añadir que la profesión del jurista sobrevalora el significado de la interpretación/argumentación, precisamente porque localiza el sistema en el nivel de observación de segundo orden. Con ello debe entrar en consideración, de nuevo, el hecho de que se trata de un sistema codificado binariamente y que las decisiones sobre la validez/no validez son las decisivas. Es decir: el logro maestro de la capacidad jurídica consiste, por un lado, en la producción de textos a partir de textos a través de la interpretación y la argumentación -y esto aunque se trata de cuestiones sujetas a determinación o a comprobación. Por el otro lado, los juristas al argumentar en ambos lados, pierden la mitad de sus procesos. Así como en el sistema de la salud siempre mueren algunos pacientes y otros sobreviven al tratamiento, así el jurista tiene que vivir con el hecho de que su argumentación, por más bien pensada que esté, no siempre determina la última decisión. En el hábito que desarrolla la profesión se puede observar, a veces, una cierta distancia irónica hacia las ideas y los medios de la argumentación, a la par de una esmerada atención fijada en aquello que, en última instancia, es lo que verdaderamente soporta la decisión: costumbres del tribunal, tradición. Las razones últimas son siempre las penúltimas.

Capítulo 9
Política y Derecho

I

Por lo general, los teóricos de sistemas parten del supuesto de que se debe hacer la distinción entre sistema jurídico y sistema político.[757] Se trata, pues, de diferentes subsistemas del sistema llamado sociedad. Esto con mayor razón es válido cuando se acepta el concepto de autopoiesis y se insiste en la autonomía y la individualidad histórica de todos los sistemas sociales. Otros, probablemente conformando la mayoría, niegan esta posibilidad debido a los estrechos y evidentes nexos entre política y derecho.

Una teoría del sistema jurídico -autopoiético y clausurado operativamente-, presupone que este sistema se distingue de todos los demás sistemas de funciones de la sociedad. Por lo tanto, un observador externo a este sistema se tendría que tropezar necesariamente con esta distinción, si quisiera observar y describir de conformidad con los hechos. Aun cuando esto, por lo general, parece evidente, este concepto presenta dificultades en un aspecto: precisamente en la relación entre política y derecho. Una larga tradición consolidada a partir de la reciente Edad Moderna, nos motiva a considerar lo político y lo jurídico como si se tratara de un sistema unitario. En gran parte, esto se debe al concepto simultáneamente político y jurídico del Estado.[758] Desde Francisco Suárez, Thomas Hobbes y Samuel Pufendorf ya era esto teoría establecida en el derecho natural. Por otra parte, ya en el capítulo sobre la función del derecho, nos habíamos encontrado con la necesidad de distinguir entre las funciones y las modalidades de realización de la política y las del derecho.

---

[757] Así Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System,Homewood Ill. 1968, pág.42 s. (pero en contradicción con ello luego pág. 150 : " The legal system, wich is a subsystem of the political system, is typically used as an output channel for the political system.") Asímismo siguiendo a Parsons, William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park 1990, pág. 219 s. De otra manera en varias publicaciones. Glendon Schubert. Véase tan sólo: Judicial Policy Making, 2.Ed. Glenview Ill. 1974

[758] En nuevas publicaciones acerca de la historía de la idea y realidad del "Estado" véase ,por ejemplo, a Perry Anderson, Die Entstehung des absolutistischen Staates, trad. al alemán Frankfurt 1979; Gianfranco Poggi, The State: Its Nature , Development and Prospects, Cambridge Ingl. 1990; Michael Stolleis, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Francfort 1990. La unidad que se impone sobre este concepto de sistema político y sistema jurídico apenas, sin embargo, ha sido concebida como problema en esta literatura.

Una de las particularidades que distingue al desarrollo europeo, en el mundo, se debió sin duda a la marcada acentuación de los supuestos jurídicos de la convivencia social. Esta convivencia se verificó sobre el fundamento del derecho civil romano y sobre la formulación de sus principios, sustentados en el derecho natural. Durante la Edad Media esta fue la razón por la que se excluyó la idea de la unidad entre el derecho y la política. Y sin estos principios no hubiera tenido lugar la revolución de la Iglesia organizada en torno al Papa en contra el imperio teocrático, y tampoco se hubiera encontrado la vinculación del derecho constitucional con el "Estado Constitucional".[759] En cierto modo, el derecho se encontraba ya presente, cuando el Estado moderno comenzó a consolidarse políticamente. Esto, sin duda, debido en parte a una costumbre desarrollada localmente y, en parte, como derecho elaborado con toda formalidad: diferenciado mediante institutos de derecho, fijado por escrito, orientado a enseñar y aprender. Existía el derecho feudal y los derechos de las ciudades, los derechos del rey y, desde la alta Edad Medida, la separación, sobre todo, entre el derecho canónico y el derecho civil profano. Esta separación encontró también su expresión en una jurisdicción correspondientemente diferenciada. Desde una perspectiva jurídica no existía todavía en el siglo XVI ningún "derecho público" y ningún concepto común de derecho (dominium, imperium, iurisdictio) que pudiera representar la pretendida unidad del poder territorial. De cualquier manera, no se podía imaginar, separados, la iurisdicito y el imperium, ya que esto hubiera significado, para el pensamiento de aquella época, un imperium en un espacio sin derecho y una iurisdictio sin capacidad de imposición. La cantidad inusual de penetración jurídica en cuestiones socialmente relevantes debilitó, al mismo tiempo, la importancia de esta diferenciación. También el concepto de "potestas" tendió un puente, en cierto sentido, entre estos abismos, sin poder penetrar con detalle en los instrumentos jurídicos. Lo mismo tiene validez para la nueva comprensión de la "soberanía". Ya aquí, y con mayor razón más tarde, se comienzan a distinguir los órdenes jurídicos europeos, diferenciados regionalmente, de acuerdo a si la evolución del derecho se había enlazado, en forma primaria, a la praxis jurídica, a la erudición universitaria, a la asesoría del legislador; o si más bien se había tratado de un derecho del juez, o de los profesores, o de un derecho codificado en forma de leyes. Para estas opciones debe haber habido razones más o menos directas en la evolución política correspondiente. Pero la dinámica propia del derecho y lo específico de su problemática excluyen una copia directa de la representación del orden político en el derecho.[760] Obviamente la política influye las decisiones individuales. Pero los efectos estructurales se hacen notar sobre todo en el tipo de roles con los que el sistema jurídico se estimula a sí mismo.

En vistas de la rápida y creciente complejidad y la inseguridad jurídica ligada a ello, el Estado territorial de la temprana época moderna había visto su tarea primordial en la

---

[759]Ver Brian M. Downing, Medieval Origins of Constitutional Government in the West, Theory and Society 18 (1989),Pág.212-247.
[760]Véase, más detalladamente, a R.C.van Caenegem, Judges, Legislators and Professors:Chapters in European Legal History, Cambridge Ingl. 1987.

unificación del derecho válido en sus territorios, así como la organización de la administración de la justicia. Todo, para llevarlos hacia un control central y, con ello, consolidar la propia unidad del Estado.[761] En esto descansaba su comprensión de la "soberanía" -a diferencia de la comprensión de la Edad Media-, y su consolidación política. El concepto de soberanía -o de poder soberano-, encubría el juego de dos conceptos muy diferentes de poder político: la noción de capacidad generalizada de que las órdenes se obedecieran, y la noción de poder jurídico que hacía posible reconocer que el poder había sido presentado e impuesto conforme a derecho; es decir, en forma ya previamente especificada. Esta fusión de ambos aspectos del poder en dominio era indispensable, porque existía tan sólo la jurisdicción como administración local. Por ello la soberanía significaba, desde la segunda mitad del siglo XVI fundamentalmente: control político centralizado de la jurisdicción, anulando las jurisdicciones feudales, eclesiásticas o corporativas, que se justificaban a partir de derechos propios. Soberanía significó registro y unificación de los derechos regionales, mediante el proceso de la imprenta. Soberanía significó la aceptación del lenguaje y de los logros conceptuales del derecho civil romano -si bien no como derecho vigentes, sí como fundamento del saber jurídico. Soberanía significo creciente actividad legislativa.[762] Por eso se puede hablar, siguiendo una feliz formulación de Fritz Neumann,[763] de un "concepto de ley política", y ver en ello una categoría de transición entre la *raison* política y la validez jurídica. A más tardar a partir de la segunda mitad del siglo XVI, con Bodin, Suárez, Pufendorf, se hablaba, políticamente, de la unidad en el derecho natural, entre política y derecho.[764] Esta unidad descansaba sobre el supuesto de que sólo por ese medio el individuo se constituiría en sujeto jurídico y que sólo así se alcanzaría la condición para el surgimiento de una economía apoyada en la división del trabajo y del contrato. La formulación más aguda de esto la proporcionó Hobbes. Lo

---

[761]Para los estados territoriales del imperio véase a Dietmar Willoweit, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt: Landesobrigkeit, Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit, Viena 1975.Había equivalentes funcionales de la consolidación pero también ellos dependían muy fuertemente del derecho. Esto tenía validez sobre todo para los ennoblecimientos políticos y, en general, para la juridización del reconocimiento de la nobleza en el contexto de las exenciones de impuestos. (con el ejemplo de Savoyen) Claudio Donati, L´idea di nobiltà in Italia: Secoli XIV-XVIII, Roma-Bari 1988,Pág.177ss Este procedimiento es especialmente interesante porque permitía un compromiso provisional con la aún existente diferenciación estratificatoria y, a la vez, un aislamiento de la nobleza hacia abajo, por así decir, una nueva aristocratización de la aristocracia. Pero ¿cómo hubiera sido posible esto sin el motivo realista-práctico de una declaración del estatuto de la nobleza: el otorgamiento de privilegios en asuntos de impuestos?

[762]Véase, sobre todo en Francia, acerca de la impresionante implementación de la soberanía política como soberanía jurídica a Philippe Sueur, Historie du droit public français XVe-XVIIIe siécle , Tomo 2, París 1989, especialmente pág. 29 y ss. acerca de la redacción de las coutumes; pág. 164 y ss. acerca del control de la jurisdicción feudal, y pág. 56 y ss. acerca de la legislación.

[763]Así en: Die Herrschaft des Gesetzes (1936), traducción al alemán, Francfort 1980, con referencia a Bodin y a Pufendorf.

[764]También muchos autores ya no muy conocidos hoy en día sostienen este punto de vista de la unidad del derecho y de la política sobre una base religiosa (deseada por Dios), y una de derecho natural (por así llamarla, de lógica fáctica). Entre muchos otros documentos posibles, véase, por ejemplo, a François Grimaudet, Les opusculus politiques, París 1580, especialmente opuscule I: De la Loy. La ley es "souveraine raison, empreinte par Dieu, qui command les choses qui sont à faire, & deffend les contraire faicte, & publiee par celuy qui a puissance de commander". " Car la Loy est l'oeuvre du Prince". Y: "La fin de la Loy est le bien public & salut des hommes en general". , lo cual se distingue claramente del provecho individual, trátese éste de aquel del mismo soberano. Todas las citas siguen el opúsculo 1.

individuos, anteriormente considerados tan sólo como cuerpos que podían matar y ser matados -y esto en forma deliberada por encontrarse ya dotados de razón-, se convierten en individuos en el sentido de una segunda naturaleza artificial, "autorizando" al soberano a imponer el derecho arbitrariamente. Sólo así es posible establecer una correspondencia entre los derechos y las obligaciones. Por consiguiente, el individuo debe su individualidad civil a la unidad de derecho y política, y esta unidad está indisolublemente ligada a la individualidad del individuo. Al final de este movimiento semántico, que organizó e integró la política y el derecho, se encuentran las grandes codificaciones de los siglos XVIII y XIX y, finalmente, la idea de que la función del Estado consistía en la garantía de una libertad conforme a derecho; es decir: dentro de los límites de éste.

El motivo central para esta fusión de política y derecho pudo haber sido el problema del derecho de oposición. Problema que arrojó a Europa a cien años de guerra civil. En ninguna otra parte se puede entender este contexto mejor, que en Hobbes.[765] La idea consistía en que el derecho por sí mismo, con sus propios recursos provenientes de la tradición no escrita, con la "artificial reason" de los juristas o con la fundamentación de aquello que al individuo le parece ser su derecho, no garantiza la paz. Precisamente si cada quien se remitiera a su razón natural o buscara argumentos en los materiales jurídicos impresos, entonces el derecho destruiría su propia condición de posibilidad: la paz. Y todo esto en relación estrecha con la previa situación socio estructural, ya decreciente: que la nobleza se apoyara en su propio juicio acerca de la justicia (o de la injusticia), sobre la base de un gobierno propio y armado por su cuenta. Y esto con tanta mayor razón, cuanto que en las ramificaciones del pensamiento medieval no se separaba estrictamente entre religión, derecho y moral, sino que se las integraba dentro de un mismo contexto de interpretación: de súbito, cuestiones de religión y moral se convertían en cuestiones jurídicas y podían discutirse sobre ese terreno.[766] De esta manera se hacía más patente el derecho a la oposición, al utilizar la oferta de las teorías disponibles: ya fuera que se adujera que el príncipe era tan sólo un civis y, por consiguiente, también sujeto a derecho; ya fuera que se distinguiera entre rex y tiranus y que la decisión de escoger entre ambos se dejara a la formación de partidos dentro de la nobleza. Pero ¿existía otra solución para estos problemas así evidenciados, que la unidad de política y derecho, que la fundamentación de la validez jurídica sustentada sobre el poder políticamente impuesto - que más tarde en el derecho adopta el nombre de "auctoritas"?[767] Y cómo el derecho se

---

[765]Véase, además del Leviathan también: A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws, citado según la edición Chicago 1971; asímismo Behemoth, or The Long Parliament, citado de acuerdo a la edición de Ferdinand Tönnies, Londres 1889, editado nuevamente, y con una introducción de él, por Stephen Holmes, Chicago 1990.

[766]Véase a Quentin Skinner, the Foundations of Modern Political Thought Tomo 2: The Age of Reformation, Cambridge Engl. 1978; Richard Saage, Herrschaft, Toleranz, Widerstand: Studien zur politischen Theorie der niederländischen und der englischen Revolution, Francfort 1981; Diethelm Böttcher, Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des Mittelalterlichen Widerstandsrechts in der Reformationszeit (1529-1530), Berlín 1991.

[767]Pero la autoridad, y esto es lo nuevo en la argumentación de Hobbes, no es ninguna capacidad natural superior, ni mucho menos aptitud de la nobleza. Ella descansa sobre la autorización. "I Authorise..." reza el texto del Covenant en Leviathan II, 17, citado según la edición de la Everyman's Library, Londres 1953, Pág. 89. Pero el argumento transmitido por medio de la

hubiera ocupado de la arbitrariedad de las pretensiones opuestas, si no es que con su propia actividad basada en una validez políticamente asegurada.

Incluso la crítica posterior del argumento circular de la construcción contractual no pudo evitar reavivar el derecho de oposición. David Hume, por ejemplo, funda el compromiso del gobierno sobre promesas que son válidas como convenciones, aunque se puedan sustentar en la naturaleza humana.[768] El argumento se traslada al terreno de los intereses económicos de la propiedad: un gobierno, se dice, que no representa ni protege esos intereses -fundamento mismo de la sociedad-, debe contar con una oposición justificada. Ahora, como antes, la argumentación se apoya en el viejo esquema de virtud/corrupción,[769]pero ya no se extraen de allí consecuencias de derecho positivo, sino políticas. Surge, a la vez, la tendencia a describir tales prácticas "corruptas" como "inconstitucionales", si bien, en un principio, sin una base referida a textos.[770]Mientras no existe ninguna Constitución, en el sentido moderno de la palabra, el problema de la oposición se constituye en el problema central del Estado Moderno; a saber, el hecho de que el sistema jurídico se encuentra en oposición a la política. Y en esto reside precisamente el secreto de todas las teorías que se han erigido sobre la unidad de derecho y política. Dicho de otra manera: la diferencia entre el sistema jurídico y el político se concibe tan sólo -considerando las premisas dominantes de aquella época-, como resistencia justificada contra el ejercicio del poder político.

Junto a la finalidad práctico política de excluir el derecho de oposición, la unidad de derecho y política satisface también la necesidad de encontrar una posición para la autocorrección del derecho: ya sea con ayuda de la vieja distinción entre derecho riguroso y equidad,[771] o haciendo referencia a la competencia en general. La unidad derecho/política satisface también la necesidad de legitimar las desviaciones del derecho en la forma de dispensas, privilegios y hasta violaciones a la ley que se auto-autorizan.[772] En una

---

autorización sustituye la apelación a la naturaleza, por un círculo; ya que la autorización presupone para sí misma la validez jurídica de ser fundamentada.

[768]Véase A Treatise of Human Nature Book III, Part II, Sect. IX, citado según la edición de Everyman's Library, Londres 1956, Tomo 2, pág. 250 y ss.

[769]Compárese aquí (en referencia a Pocock) con David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge Ingl. 1989, Pág. 7 y ss.

[770]Véase a Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft Rechtshistorisches Journal 9 (1990), págs. 176-220 (188 s.).

[771]Célebre y rica en consecuencias es la jurisprudencia (de tipo equity) inglesa de la Court of Chancery. Para reflexiones francesas originalmente paralelas véase a Grimaudet en el mismo lugar (1580), opuscule II, fol. iiv ss. O François de Lalouette (L'Aloutte), Des Affaires d'Etat, des Finances, du Prince et de sa Noblesse, Mets 1597, pág.88. Esto se dirige en Francia entonces más hacia la competencia de interpretación del mismo legislador (référé législatif), siempre y cuando en la jurisprudencia aparezcan casos que aún no han sido decididos por el legislador.

[772]Compárese, con extenso material, con Fancisco Suárez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore, Lugduni 1619, libro II, cap. XIV y XV pág. 91 y ss, para la dispensa del derecho natural y libro VI pág. 368 y ss., para la dispensa del derecho positivo o en el contexto de un tratamiento muy cauteloso del tema Razón de Estado Scipio Ammirato, Discorsi Sopra Cornelio Tacito, Fiorenza 1598, pág. 223 y ss. A menudo se discute la posibilidad de derogar el derecho natural, pero aún cuando esto sucede, se encuentra también típicamente dentro del mismo texto, la opinión contraria. Así en Jeremy Taylor, Ductor Dubitantium, or, the Rule of Conscience in all her General Measures (1660), citado según: The Whole Works Bd. IX y X, Londres 1851/52,

formulación general: la paradoja de la diferencia autoconstitutiva de derecho/no derecho ya no se externalizará en relación a constelación de poder fácticamente dada, sino en relación a la unidad superior de derecho y política, personificada en la "persona" del soberano. Esto, evidentemente, fue tan sólo una solución frágil y precaria, cuya fuerza de convicción dependía de si el soberano era aquello que estaba llamado a ser: temeroso de Dios, razonable, orientado hacia lo que el derecho mismo sugiriera.

De esta manera, sin embargo, no se integraban realmente las diferencias operativas entre comunicación política y jurídica. Desde la perspectiva del derecho de oposición, el sistema político moderno del Estado territorial no podía aceptar el hecho de que los súbditos se entrometieran en la política apelando al derecho; es decir, que perturbaran la paz. El sistema político exigía cerradura, esto es, clausura en referencia a todo aquello que en cuanto código y función de la política se calificara como político. Pero lo mismo exactamente era válido para el sistema jurídico. El sistema jurídico no acepta ningún estatuto de excepción. De esto se trató la disputa en el parlamento londinense llevada por Coke, contra los Stuarts: si tan sólo hubiera una instancia (independiente del derecho) que pudiera disponer de la vida, del cuerpo y de la propiedad, entonces no habría ningún derecho, ya que toda seguridad quedaría desvinculada de lo jurídico. En este argumento se encuentran las razones del surgimiento de los civil rights en la Common Law. En esto no se trata de otra cosa que de la clausura operativa de los sistemas de funciones.

Por el momento tenemos, entonces, pretensión (o intento) de clausura de la política, *vs*. pretensión de clausura del derecho. Pero, al mismo tiempo, se encuentran en esta oposición aspectos relevantes. La comprensión que se logró para vincular política y derecho se resumió y se superó finalmente en el esquema "Estado de Derecho". En este esquema quedó fijado el contexto de condiciones de derecho y libertad y, con ello, también la mutua capacidad del aumento simultáneo del derecho y la libertad. El esquema, así, quedó disponible para la comunicación.[773]Con ello se reaccionó a una situación histórica (concretamente después de la Revolución Francesa), en la cual se había hecho más que evidente que ya no era posible el consenso entre los criterios del uso de la razón y la moral. En su lugar aparece la diferencia entre necesidad y libertad, y su combinaciones: el

---

Reimpresión Hildesheim 1970, Bd. II, I, en el mismo lugar, Vol. IX, págs. 333 y ss. en especial 347 y ss. Dispensa del derecho natural solamente a través de Dios y no así "by any human power". Pero entonces: "The exactness of natural law is capable of interpretation, and may be allayed by equity, and piety, and necessity." El problema se evita cuando se considera la conservación del dominio misma , esto es, el ratio status, como el único derecho natural obligatorio que hace posible cualquier otro derecho, ya que, entonces se puede argumentar: desviarse de ello sería autodestructivo. Así, por ejemplo, Ciro Spontone, Dodici libri del Governo di Stato, Verona 1599, págs. 122 y ss.

[773]El concepto de "esquema" se puede emplear aquí muy explícitamente como forma de fijación de un arreglo de contigencias de más alto nivel. O también con Novalis como acción recíproca autoreferencial. Novalis habla de la "unidad total del esquema. Sólo lo libre puede ser determinado y por lo tanto volverse necesario. Sólo lo necesario puede ser determinado y por lo tanto volverse libre." O : " El esquema se encuentra en acción recíproca consigo mismo. Cada uno es , en su lugar, sólo aquello que es a través del otro." Ambas citas de Philosophische Studien 1795/96, citado según: Werke Tagebücher und Briefe Friedrich von Hardenbergs, editado por Hans-Joachim Mähl y Richard Samuel, Darmstadt 1978, tomo 2, pág. 14.

esquema de la educación como tarea del Estado[774], y el esquema del Estado de Derecho. Como Estado de Derecho, el Estado era simultáneamente una institución de derecho y una instancia de responsabilidad política que miraba por el derecho: por la imposición y el subsecuente desarrollo jurídico; por la adaptación a las cambiantes circunstancias sociales y a los fines políticos realizables.

Este modelo de la descripción de un sistema político-jurídico se pudo democratizar gracias a la transición -apenas perceptible- marcada por la "cuestión constitucional". Las formas de "inclusión" "del ciudadano" en los contextos jurídicos y en los políticos empiezan a divergir, precisamente porque se desprenden de conceptos generales y específicos de cada uno de los sistemas. Por ejemplo: la capacidad jurídica, la nacionalidad, el derecho electoral.[775]Las controversias jurídicas y políticas que se relacionan con estas cuestiones se encuentran documentadas a lo largo del siglo XIX. Estas controversias se refieren a las formas de derecho para influir políticamente sobre el derecho y, a la vez, también a la protección jurídica del ciudadano contra el poder soberano, independientemente del estilo político en que se practicara dicho poder. Por el momento, estas controversias no afectan la premisa de la estatalidad de derecho y política, sino que se sirven de ella. Desde el siglo XIX el concepto de lo político es comprendido casi exclusivamente como referido al Estado. Esto hace posible el surgimiento de partidos políticos organizados, delimitados en razón de su membrecía, con la mira puesta en el acceso a los cargos públicos, para la prosecución de fines políticos. Simultáneamente el derecho ofrece un cúmulo de posibilidades de estructuración de la política: al lado del presupuesto, que se financia a través de impuestos y tributaciones, el derecho se convierte en el instrumento fundamental para el logro de los fines políticos. A ello corresponde la idea de una relación de ordenación jerárquica (superior/inferior) entre legislación y jurisdicción.[776]El resultado es un fuerte incremento del material normativo. Las normas jurídicas se convierten en sedimento de la política ya acontecida que, cada vez, tiene más dificultades para volver a liquidar las nuevas ambiciones políticas. Lo que existe como derecho, ya no es más el resultado de la presencia de conflictos para cuya solución se deben desarrollar reglas generalizables. Más bien el derecho crea, por medio del intento de realizar fines políticos, los conflictos cuya solución dependerá de que el derecho se haga, después, competente. Y ya que la activación de la política para modificar el derecho se reproduce continuamente en la comunicación social, y dado que el derecho legitima esa activación legalizando la actividad

---

[774]Para esta problemática paralela - que en lo siguiente- no se tratará más, véase, por ejemplo, a Heinrich Stephani, Grundriss der Staatserziehungswissenschaft, Weissenfels - Leipzig 1797; de él mismo, System der öffentlichen Erziehung, Berlín 1805; Christian Daniel Voss, Versuch über die Erziehung für den Staat, als Bedürfniss unserer Zeit, zur Beförderung des Bürgerwohls und der Regenten-Sicherheit, Halle 1799; Karl Salomo Zachariae, Über die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat, Leipzig 1802. Es evidente que se trata de reflexiones de reforma, estimuladas por la Revolución Francesa.

[775]Véase, referido a este fondo, especialmente acerca del problema de la protección jurídica contra actos de soberanía, a Regina Ogore, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt: Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, en: Jürgen Kocka (editor) Bürgertum im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich, Munich 1988 págs. 372-405

[776]Ya habíamos discutido y rechazado este modelo. Véase capítulo 7.

legislativa parlamentaria, en la práctica resulta, para el derecho, la necesidad de distinguir entre el origen de las modificaciones jurídicas a través de la interpretación "activa" del derecho, y la espera de una nueva formación de opinión política. A final de cuentas, la positivización del derecho y la democratización de la política se apoyan mutuamente y han impregnado tan fuertemente lo que hoy se presenta como sistema político y sistema de derecho, que resulta difícil percibir allí dos sistemas diferentes. Más aún: dos sistemas libres de coincidencias y clausurados en su operación. Pero precisamente la democratización de la política exige, finalmente, todavía más protección legal del particular, en especial en lo concerniente a sus derechos constitucionales.

En realidad la tesis de la unidad (de política y derecho) nunca ha sido llevada hasta tal punto que se diga: lo que está permitido jurídicamente en la política, se determina exclusivamente desde el punto de vista de la política; ni tampoco: el derecho no es otra cosa que un momento de la inercia propia de la política, que sirve para que la política no ceda a caprichos demasiado pasajeros. Atendiendo a la tradición de la Common Law y del derecho civil romano y considerando que aquí se trata de estructuras históricas que se fundamentan en la historia de las ideas del derecho, la interpretación de que el derecho es tan sólo una derivación política, sería algo absurdo. Pero ¿cómo si no así, pudo ser pensada la limitación jurídica de la política, en el modelo de la unidad de estos dos sistemas? La fórmula "Estado de Derecho" ocultó obviamente el problema. Esta imprecisión contribuyó, en mayor grado que otras, a mantener con vida la idea del derecho natural, o de ofrecer, a aquellos que ya no creen en ello, la demanda de la legitimación del sistema político. Hoy en día dichas construcciones ya casi no encuentran argumentos convincentes: se podría prescindir de ellas o, en todo caso, reformularlas si se consideraran, al derecho y a la política, como dos sistemas funcionales separados.

Por ello, en contra de una plausibilidad consolidada por la tradición, partiremos en éste y en el siguiente capítulo de la idea de que no se trata de un sistema único, designado con el concepto de Estado, sino de dos sistemas diversos: clausurados en su operación, con sus respectivas formas, respectivas codificaciones y respectivos programas. La percepción de unidad concebida gracias al concepto de Estado y especialmente gracias al esquema de "Estado de Derecho", es comprensible históricamente. Esta percepción de unidad fue más o menos adecuada para una fase en que se impuso, dentro del sistema jurídico, la positivización del derecho a través de la doctrina de las fuentes del derecho que remitían al Estado; allí, el sistema político ganó un campo de acción y lo impuso en contra de estructuras establecidas -sobre todo corporativas-, para que la política pudiera ser practicada como un procesamiento continuo de decisiones colectivamente vinculantes. Pero en la medida en que esto se logra, la idea de la unidad pierde fuerza de convicción. El sistema jurídico puede prescindir del soberano y también de la forma de "Estado de Derecho"; es más, no necesita en absoluto postularlo, ni tiene necesidad de él, porque el

derecho resolverá sus paradojas de otra manera.[777] Pero también el derecho debe decidir sobre las demandas que se le hacen. El sistema político deja que la paradoja de su código culmine en la fórmula de la soberanía y, por último, en la fórmula de la soberanía del pueblo. En el concepto de soberano está implicado el hecho de que no tiene necesariamente que decidir: es soberano respecto al asunto de decidir/no decidir. En la concepción de la soberanía del pueblo la paradoja implica que el soberano definitivamente no puede decidir. El asunto de cómo y si va a decidir se convierte en una cuestión política. La noción de Estado se convertirá en un paréntesis artificial para aquello que, mientras tanto, se presenta como dinámica propia de los sistemas político y jurídico. Queda absolutamente excluido imaginar la política como una interpretación ordinaria de una Constitución fijada jurídicamente. Y esto a pesar de que las metas políticas, entre otras, insistan en producir "talk"[778]y poner a disposición en forma de artículos constitucionales "talk" adicional: por ejemplo, concebir la protección del medio ambiente como tarea estatal. De la misma manera no se arriba a una teoría acertada del sistema jurídico cuando lo que realmente sucede se concibiera como la realización de programas políticos: no obstante que las resoluciones jurídicas se orientaran hacia consecuencias políticas buscadas. Aun cuando se trate de elecciones políticas o de nombramiento de jueces, solamente entran en consideración candidatos idóneos. La esperanza de supeditar a los tribunales bajo una línea política deseada, se debe realizar conforme a la especificidad del tribunal, de otra manera, la mayoría de las veces se fracasa porque se va en contra de la cultura interna de la argumentación en el sistema jurídico.[779] Aun cuando, aquí, surjan tendencias conservadoras orientadas hacia las redundancias y, a la vez, tendencias más bien progresistas orientadas hacia la variedad, esto tiene poco que ver con la política ordinaria y su espectro partidista.

En definitiva queda absoluta y totalmente excluido presentar al sistema jurídico para su resolución cuestiones políticas: por ejemplo, lo propicio del momento y las condiciones necesarias para la reunificación de Alemania, la homogeneización de las condiciones de vida, casos de desavenencia matrimonial, controversias académicas o religiosas, inversiones económicas... El sistema jurídico toma, para su resolución, tan sólo "cases and

---

[777]Por ejemplo, en la forma de procesos. O en la forma de derechos subjetivos. Compárese con Cap.4, VI y con Cap. 6,V.

[778]Esto en el sentido de Nils Brunsson, The Organization of Hypocrisy: Talk, Decisions and Actions in Organizations, Chichester 1989.

[779]Compárese con Jessie Bernand, Dimensions and Axes of Supreme Court Decisions: A Study in the Sociology of Conflict, Social Forces 34 (1955), págs. 19-27; Eloise C. Snyder,The Supreme Court as Small Group, Social Forces 36 (1958), págs. 232-238. El famoso contra ejemplo es, de hecho, un caso único: el nombramiento de Roosvelt como juez rompió con un uso muy común de la revisión judicial por medio de la Supreme Court contra una legislación socialmente orientada. Esto hizo que el tribunal se atuviera al uso de la moderación en el siglo XIX. Para esto, desde la perspectiva de la ciencia política, C. Hermann Pritchett, The Roosvelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947, Nueva York 1948. Para los problemas metodológicos e inseguridades con las determinaciones empíricas en el ámbito del Triángulo de las Bermudas de las diferencias ideológicas -"Liberalismo" político y economico, variables psicologicas ("posiciones") y categorizaciones jurídicas de las respectivas decisiones de casos-, compárese con Glendon Schubert, The Judicial Mind, The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Judges 1946-1963, Evanston 1965.

controversies" -para citar la formulación de la Constitución americana (Art. III). Los problemas deben para obtener acceso al sistema jurídico contener una forma justiciable. Ello significa concretamente: estar definida recursivamente en relación a la situación histórica del sistema jurídico; esto es, a la condición de vigencia del derecho. El sistema jurídico no sirve como cálculo de comprobación de las verdades, así como tampoco para el descubrimiento de soluciones inteligentes a los problemas. Si el diccionario "Duden" deba ser obligatorio, esto deberá preverse dentro de una cláusula correspondiente en el contrato editorial. De forma típica se encuentra también, dentro de estas limitaciones, que el interés de una resolución judicial se afirme en la forma de una violación de los derechos subjetivos.[780] El que la administración estatal esté programada en una forma jurídica de mucho más alcance -sobre todo por la ley del presupuesto- no debe ponerse en duda. Sin embargo el sistema jurídico se accionará activamente tan sólo cuando de ello resulten "cases and controversies".

De igual manera ha sido abandonada, desde hace mucho, la idea de que el Estado de Derecho soberano, constituya la individualidad subjetiva del derecho y que ése fuera el fundamento de una economía que opera con división del trabajo y orientada hacia el mercado. Hayek y Simon han mostrado que el problema de la economía se podría inferir a partir del procesamiento de información, o a partir de la contingencia y los análisis transaccionales de las organizaciones. En todo caso, se trata de un problema específico de la economía que no se deriva de la fundamentación de la capacidad jurídica de la individualidad. Si bien esta capacidad jurídica sigue siendo un logro de otro sistema (el del derecho) que sirve de presupuesto al sistema económico.

Precisamente la imposición del "positivismo de la ley" en el siglo XIX, y el aumento frenético de promulgación de nuevas leyes, indicadores, a primera vista, de un dominio creciente del sistema jurídico a través del sistema político, llevaron a desarrollos que hicieron consciente la separación. En paralelo -tanto en la Common Law en referencia a los statutes, como también en el derecho continental-, surge una conciencia de inevitabilidad de la libertad de interpretación judicial -cuando no de la generación del derecho del juez. También para la interpretación legislativa se hizo evidente que no se deberían llevar de nuevo, ante un tribunal, las controversias políticas que habían encontrado ya solución en algún texto legislativo. Y tampoco que se tendrían que aclarar los motivos políticos de la decisión de un caso dudoso mediante la práctica de la prueba judicial.[781] El carácter de compromiso ("contractualización")[782]de la formación de la opinión política y las condiciones políticas del neocorporativismo excluyen que se busque en la política una intención del

---

[780]Posibilidades de ampliación que aún son compatibles con la ley constitucional, se discuten , de todas maneras. Véase tan sólo a Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Francfort 1991, especialmente pág. 408 y ss. Precisamente aquí impresiona la cautela de los juristas comprometidos con la capacidad de conexión.

[781]En este aspecto existen ,de todas formas , límites borrosos y por otra parte, controversias. Véase a F. James Davis et al., Society and the Law: New Meanings for an Old Profession, Nueva York 1062, pág 162 y ss

[782]En el sentido de Charles-Albert Morand, La contractualisation du droit dans l'etat providence, en: François Chazel / Jaques Commaille (editor), Normes juridiques et régulation sociale, París 1991, págs 139-158

legislador utilizable jurídicamente.[783] En lugar de ello, el sistema jurídico desarrolla teorías de interpretación propias del derecho -allí la intención del legislador juega un papel limitado o, en todo caso, un papel que se tiene que construir con apego al texto.

La separación de ambos sistemas funcionales se muestra, en particular, en su diferente codificación. Mientras se pudo pensar que para la imposición del derecho resultaba de importancia la codificación político-jerárquica de los cargos públicos y que, entonces, el derecho y la política encontrarían su propia libertad en la forma del Estado, resultaba obvio que en el sistema jurídico no había ningún equivalente funcional para la codificación democrática del poder: el esquema gobierno/oposición.[784] En el sistema político surgen, tan pronto el sistema se observa a sí mismo en relación a las decisiones colectivamente vinculantes, ideas sobre las alternativas de la decisión -estas alternativas se condensan en la oposición, en tanto tales contraposiciones puedan continuarse. Esto se observa ya en las "factions" marcadamente personales de la política cortesana del Estado gobernado absolutistamente y, todavía más, en la distribución de los escaños de una democracia parlamentaria. Finalmente se tiene la garantía de que solidificando organizativamente los partidos políticos -independientemente del tema de la decisión- habrá siempre oposición. En lugar de partir de las alternativas de la decisión, la oposición se disciplinará mediante la idea de que en algún momento asumirá el gobierno. Para esto deberá presentar un programa políticamente aceptable, o que se pueda realizar, o que por lo menos sea capaz de obtener la mayoría. El esquema gobierno/oposición se convierte en la "forma" del sistema político (el "código"), en el sentido de que la forma (el código) tiene una lado interior positivo capaz de enlace: "where the action is". Pero este lado interior es lo que es tan sólo porque existe el otro lado: el lado en el que se disponen las alternativas. En cambio, en el sistema jurídico, las alternativas se tratan de manera completamente diversa: las alternativas están dispersas y dependen del caso particular y de las reglas. No hay allí los más mínimos rudimentos de una oposición "consolidada" y, si existiera, no se le reconocería como forma de derecho, sino como forma política.

Es obvio que la separación de los sistemas no excluye las intensas relaciones causales. Estas relaciones se pueden identificar tan sólo cuando un sistema se distingue del otro (y añadimos en referencia a la realidad: se pueden identificar sólo cuando los sistemas son capaces de distinguirse a sí mismos. Esta hipótesis de separación aclara mejor la idea del structural drift de cada sistema, es decir, la idea de que el desarrollo de sus estructuras es independiente. Con esa finalidad, en el siguiente capítulo, introduciremos el concepto de acoplamiento estructural.

II

---

[783]El que exista una intención así, no es otra cosa que tratar de salvar lo que se pueda después de un largo vaivén.

[784]Véase a Niklas Luhmann, Theorie der politischen opposition, Zeitschrift für Politik 36 (1989) , págs. 13-26

Debemos mirar, todavía, con más detenimiento ese paréntesis conceptual referido al "Estado de Derecho".[785]Este concepto sirve de esquema que posibilita -y hace que se festeje como conquista civilizatoria- que dos *perspectivas encontradas* se designen en una *unidad*: la fuerza pública maniatada jurídicamente, y el instrumental político del derecho.

Desde la mirada del sistema del derecho y desde su función, no debe haber espacios que no estén ocupados por el derecho, ninguna situación que el derecho no pueda cubrir, ningún enclave arbitrario y violento. En el ámbito anglosajón esto se designa como "rule of law",[786] de tal manera que con Herman Finer se puede formular: the law and the rule (of law, N. L.) cover the same ground".[787]Cuando exista una indeterminación jurídica, ésta deberá ser cualificada por el derecho: se declarará, entonces, que esta indeterminación es una libertad concedida por el derecho. Por ejemplo, la libertad de las iniciativas privadas para realizar transacciones económicas: disponer de la propiedad, cerrar contratos; la libertad de las decisiones políticas como en el caso de la tan mentada doctrina de la "political questions";[788]o finalmente la forma de la libertad del derecho consigo mismo: la decisión de entablar el juicio (o no). Desde la perspectiva del derecho, el Estado de Derecho es la consecuencia de la universal relevancia social del derecho (o en otra formulación: de la autonomía del derecho, o de la diferenciación del sistema jurídico). Al mismo tiempo, se llega a un "framing" de las decisiones estatales y, finalmente, a un concepto jurídico de Estado como punto conclusivo de todas las decisiones que, vistas desde el sistema político, deban ser decisiones que vinculen colectivamente. Desde la perspectiva del derecho estas decisiones tendrán ese efecto vinculante siempre y cuando sean conforme a derecho y no vayan en contra de él.

Especialmente la doctrina alemana sobre el Estado de Derecho casi no ha prestado atención a los problemas de la democratización de la política y, sobre todo, ha dejado entre bambalinas el asunto de la protección de los derechos individuales y la sujeción a la ley por parte de la administración pública. En uno de los grandes libros de doctrina del derecho (y éste es el único lugar en que se encuentra indexado el tema del Estado de Derecho) se lee: "Un Estado en el que las competencias de la administración pública están limitadas por el derecho y en donde ésta sólo puede actuar en total concordancia con la ley, se puede describir como Estado de Derecho".[789] Se dice del entendimiento alemán sobre el derecho

---

[785] Véase también a Niklas Luhmann, Zwei Seiten des Rechtsstaates, en: Conflict and Integration -Comparative Law in the World Today: The 40th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan Chuo University 1988, Tokio 1989, pp. 493-506.

[786] Compárese, aunciando ya la dirección, con A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10a. ed., Londres 1968, pp. 183 y ss., con una interpretación más bien nacionalista: "peculiar to England, or to those countries which, like the United States of America, have inherited English tradition.

[787] Así en: The Theory and Practice of Modern Government, ed. Revisada, Nueva York, 1949, p. 922.

[788] Primero en la decisión de la Suprema Corte en el caso Marbury vs. Madison I Cranch (1803), p.p. 103-180. Véase también a Fritz W. Scharp, Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die Political Questions-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Surpreme Court, Karlsruhe 1965; Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis, Yale Law Review 75 (1966), p.p. 517-597.

[789] Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6a. Ed., (Revisada por Gerhard Anschütz), Leipzig 1905, p. 27. En las anotaciones se dan pruebas: "En este sentido se utiliza la palabra en la actualidad". La gran controversia sobre el Estado de

que muestra una cierta lejanía con el poder y que es un derecho muy "contenido" respecto a la democratización del sistema político".[790] Puede ser que esto se haya debido a la necesidad que tuvo el pensamiento sobre el derecho del siglo XIX de hacerlo aceptable para los círculos conservadores.[791]Viéndolo en retrospectiva, se podría interpretar esto como si en la utilización del concepto de Estado se procesara tan sólo la opinión del sistema jurídico.

El sistema político se mueve en un terreno totalmente diverso: trata de condensar la formación de las opiniones de tal manera que se puedan tomar decisiones que vinculen colectivamente. Estas decisiones buscan su forma en el medio de lo políticamente posible, esto es, de acuerdo con criterios políticos con los que la política resuelve los problemas: deshaciéndose de ellos. Gracias a su positividad (= modificabilidad), el derecho pone a disposición la determinación de la forma y la despolitización de los problemas. El derecho garantiza que se seguirán tratando los asuntos bajo criterios específicamente jurídicos, aun cuando la política, mientras tanto, ya se dedique a otros problemas. Este cambio tiene lugar, según la idea acostumbrada, en el Parlamento. Pero también tiene lugar en la praxis de la administración pública y con creciente importancia no por último, en la práctica de los contratos estatales que obligan al derecho interno de los Estados. De todos estos casos no se sigue, a partir de la función del sistema político (obtener decisiones que vinculen colectivamente), que la decisión sea legal (o ilegal). Esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar, realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico, independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúe. Es del todo posible pensar que el sistema político decida involuntariamente en contra del derecho o que, como pasa con frecuencia, jurídicamente arriesgue algo: el riesgo es un buen indicador de que se están trascendiendo los límites del sistema.

Visto desde la perspectiva del sistema jurídico, la fórmula del Estado de Derecho es una tautología grandiosa: "The law and the rule cover the same ground" -para citarlo de nuevo. Aunque se trate de una tautología "obcecada" que se dirige contra las intromisiones de la política, el derecho es, visto desde el sistema político, un instrumento que posibilita la realización de fines políticos.[792] Que posibilita la realización: con ello se quiere decir que el sistema político, en la forma en que lo conocemos, ni siquiera existiría si el sistema jurídico

---

Derecho del siglo XIX versaba tan sólo sobre la pregunta de si el control jurídico sobre la competencia de la administración pública debía llevarse a cabo por los tribunales civiles, o si debería ser competencia de tribunales especiales.

790 Véase a Ulrich Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, en: Hans Dombois/Erwin Wilkens (Eds.), Macht und Recht: Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart, Berlín 1956, p.p. 76-88, sobre todo en las páginas 80 y ss. En contraposición con la tradición inglesa, francesa y zuiza.

791Así Dieter Grimm, Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, Francfort 1987, pág. 298 y s

792De esto se ocupa, por una parte, la así llamada investigación de la implementación y, por la otra parte, con una perspectiva un poco más amplia, una tendencia de investigación que se denomina a sí misma politología del derecho. Compárese, por ejemplo, con Rüdiger Voigt (Editor), Recht als Instrument der Politik, Opladen 1986, y la publicación anual para politología del derecho -que aparece desde 1987. La discusión parece en la actualidad encontrarse atorada en imprecisiones conceptuales, relacionadas con el concepto de "control".

no mantuviera disponible una diferencia entre medio y forma -en la que la forma, afirmada como derecho válido, pudiera ser modificada, mediante impulsos políticos. Aunque en esto de la validez, el derecho es autónomo (hace aquello que sólo él puede hacer), es al lado del dinero del sistema económico, la condición de posibilidad más importante de hacer política. Lo cual quiere decir: decidir políticamente acerca de cuál derecho es el válido (o correspondientemente: cómo quiere gastar el dinero disponible políticamente). Si uno eliminara del pensamiento esta condición, entonces se derrumbaría la política como sistema. No sería rentable organizar un gigantesco aparato con partidos y Lobby, sólo para decidir cómo y para qué aplicar la violencia física. La política debe la poderosa expansión del campo de sus posibilidades, al derecho y al dinero. Aunque también la autorrepresentación de la política (la retórica), la exposición de las buenas intenciones y los delitos cometidos por los adversarios, extraen su vino de estas viñas.

Con la fórmula Estado de Derecho se designa solamente el sistema jurídico a sí mismo y, de hecho, sería mejor hablar de "rule of law". La referencia al Estado indica que el derecho (y, sobre todo, el derecho privado), se puede desarrollar sólo si está asegurada la paz política: evitar el libre ejercicio de la violencia. Observando las condiciones de muchas regiones y, sobre todo, de las grandes ciudades del continente americano, se da pie para que se haga alusión a ello. También es posible un contexto opuesto: violación de derechos y corrupción política que, con pretensiones reducidas, se encargue del sostenimiento del orden social.

Para el sistema político que se autodenomina como Estado, la fórmula Estado de Derecho expresa, así mismo, una condición para el aumento de complejidad. El derecho se encuentra sólo disponible como ámbito político de acción, cuando y hasta donde el sistema político le permita al derecho realizarse como derecho; es decir, cuando el sistema político no aplica la fuerza pública en forma contraria a derecho. Por lo tanto, según sea el sistema de referencia, la fórmula Estado de Derecho significa diferentes cosas. La expresión anuda lo diverso en una fórmula, (en un esquema -se podría decir), y permite expresar también que tanto el sistema jurídico como el político no serían lo que son sin el otro correspondiente.

En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz -la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza- está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término "parasitario" no expresa otra cosa, aquí, que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa.[793]

---

[793]Véase a Michael Serres, Der Parasit, trad. alemana, Francfort 1981.

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann

III

Gracias a la diferenciación funcional, los sistemas quedan puestos en libertad para que autodeterminen sus condiciones y sus estructuras. Esto quiere decir que se construyen tiempos específicamente propios de los sistemas. La cuestión de qué y en qué tiempos debe ser recordado (o anticipado), varía de sistema a sistema. Lo mismo tiene validez para el tiempo de enlace de la comunicación y para la diferencia con que se reacciona a ello: más de prisa/más lentamente. Estas diferencias se hacen notar, sobre todo, ahí donde la comunicación está expresada en forma de organizaciones. Pero aun las organizaciones, a veces, se ven rebasadas por las sucesiones temporales drásticas: la rapidez con la que la economía reacciona a los cambios de los precios con cambio de precios, contrasta de manera muy especial con la lentitud con la que la ciencia presenta los resultados de las investigaciones deseadas -ámbito éste en el que predomina más bien la orientación a largo plazo y a la sorpresa; es decir: a lo posterior.

Este problema de las desarmonías temporales en la sociedad moderna tiene especial relevancia en la relación entre derecho y política. En el sistema político moderno, la política se encuentra bajo presión considerable de tiempo -y esto en un amplio espectro de temas objetivamente ilimitado (aunque determinados por ella misma). La política reacciona al manejo de esta diferencia acelerando o retardando, con el apoyo de un conocimiento propio de los insiders y en dependencia del poder. En comparación, el sistema jurídico en lo que se refiere a la actividad de los tribunales es muy lento y además se frena debido a las exigencias de escrupulosidad y fundamentación. Esto tiene importancia no sólo para la resolución de casos, sino, más aún, para los efectos estructurales cuando se pretende modificar el derecho mediante decisión en los tribunales. La conformación y el afianzamiento de la tradición del trato con conceptos y reglas requiere cientos de años. En el derecho el espectro temático es también muy amplio y la repetición de los casos similares se va haciendo más rara entre más aumenta la complejidad. Si tan sólo se comparara la autointerpretación corriente de la política (acelerada por los medios de masas), con el desarrollo del derecho del juez, se harían evidentes las insuperables discrepancias de tiempo. Por esta sola razón se tendría prácticamente que romper el contacto entre estos sistemas.

Naturalmente, esto no sucede porque el derecho es, a la vez, uno de los elementos más importantes de la configuración de la política, y porque las situaciones novedosas de los otros sistemas confrontan permanentemente a la política para que decida con celeridad. En esto, la legislación se convierte en un mecanismo importante de compensación de tiempo para la sociedad en su conjunto. La legislación se pondrá en marcha y llegará a término con relativa rapidez, con tal de que haya suficiente presión política. La promulgación de una ley (es decir: la reacción del sistema jurídico en la dirección deseada por la política), es un símbolo de éxito político: el triunfo del grupo que en ese momento está en el poder. El

sistema jurídico opone escasa resistencia ante las nuevas leyes, porque allí no se trata de procesar experiencias propias, o de la transformación del derecho acreditado, sino de un nuevo derecho. El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, que sucederá con la ley en la praxis del derecho.[794] El legislador, a lo más, tendrá sus propias ideas sobre los "efectos" posibles de la ley; pero éstas son ideas, no informaciones. Aquí priva la premisa esencial de todas las aceleraciones: que el futuro no se puede conocer.[795]

El factor tiempo dirige (y distorsiona) con considerables consecuencias, la observación y descripción de los sistemas. Especialmente en la era de los medios de masas, existe una inclinación preferente por la novedad. Sobre la vida cotidiana no se informa. Por eso no sabemos tampoco qué efecto tendrán las leyes después de que se promulguen, lo que incluiría saber quién aprovechará las posibilidades de esa configuración -a menos de que hayan precedido indagaciones especiales o que se tenga un conocimiento muy específico sobre el medio. Se escucha continuamente sobre la promulgación de nuevas leyes. Esto sugiere que al sistema jurídico se le reconoce preferentemente por la legislación, o por una relación jerárquica entre legislación y jurisprudencia.[796] Y esto ha llevado a que existan, igual que antes, dificultades de óptica para considerar a estos dos sistemas, como sistemas separados. Sin embargo esta podría ser una tarea de la sociología del derecho: corregir esa distorsión de la percepción. Ello no significaría, de ninguna manera, negar las interdependencias entre estos sistema o estimarlas como cosas insignificantes. Todo lo contrario: sólo que hay que encontrar formas más específicas de descripción que expresen con mayor claridad el cómo y el porqué, en la sociedad moderna, política y derecho se complementan mutuamente y, al mismo tiempo, ocasionan que sus structural drifts sean diversos. A esto puede contribuir la tesis de que la legislación -como lugar de transformación de política en derecho y como lugar de la delimitación jurídica de la política-, ha tomado a su cargo la decisiva función de compensar la temporalidad de la sociedad en su conjunto.

Esta perspectiva que se efectúa desde arriba, se puede complementar con una hecha desde abajo.[797] Aquello que desde la perspectiva jurídica aparece como aplicación de la ley,

---

[794]Lo mismo vale, mutatis mutandis, para las decisiones normativas de los tribunales superiores. Estas decisiones también se motivan a través de la falta de previsión de las consecuencias - y entonces se convierten en objeto de "impact studies". Véase a Stephen Wasby, The impact of the United States Supreme Court: some Perspectives, Homewood I11. 1979, o también los ejemplos que menciona Robert L. Kidder, Connecting Law and Society: An Introduction to research and Theory, Englewood Cliffs N. J. 1983, pág. 112 y ss. Como estudios de caso véase, por ejemplo, a Gordon Patric, The Impact of a Court Decision: Aftermath of the McCollum Case, Journal of Public Law 6 (1957), pág 455-464 (referente a las clases de religión en las escuelas públicas) o James Croyle, The Impact of Judge-made Policies: An Analysis of Research Strategies and an Application to Products Liability Doctrine, Law and Society Review 13 (1979), pág. 949-967.

[795]Esta reflexión conduce -aquí tan sólo habrá que indicarlo-, a la suposición de que la relación a futuro de la sociedad moderna (palabra clave:"futuro abierto") podría tener mucho que ver con la acumulación y aceleración de las modificaciones -aún visibles para la sociedad-, de la estructura.

[796]Ya habíamos anticipado en el capítulo 7 la crítica de esta imputación.

[797]Esto se requiere, sobre todo, en estudios sociológicos que se orientan al proceso de la decisión. Véase tan sólo a Colin S. Diver , A Theory of Regulatory Enforcement , Public Policy 28 (1980) , pág.257-299

la administración pública lo practica, más bien, como un comportamiento orientado hacia la resolución de problemas.[798] En especial, desde que la administración pública se extendió inmensamente al orientarse hacia las tareas del Estado benefactor y, más recientemente, hacia las tareas ecológicas, cada vez menos se trata de problemas jurídicos que se presentan bajo la forma de casos, sino de circunstancias sobre las que hay que influenciar: pureza del agua y del aire; establecimiento de industrias; irse de pinta y alcoholismo; aligeración y organización del tráfico, Si esto se observa desde el punto de vista jurídico, no se trata de infracciones aisladas contra la ley, sino en cierto modo de una desviación continua: condiciones en las que se repiten permanentemente infracciones a la ley. Aquí se vuelve relevante el tiempo y de una manera que no encuentra un equivalente en las categorías del sistema jurídico.

Consiguientemente, los contactos que establece la administración pública con el círculo de afectados que pretende influenciar, desarrollan criterios propios de éxito o fracaso. Los contactos se enfocan a la repetición. De allí surgen, entre otros, los criterios morales de aquello que se puede exigir y de lo que se debe respetar; surgen, las condiciones y los límites de la colaboración, el alcance de los acuerdos. Las tensiones y los quiebres que se producen en esa aconsejable red de cooperación conducen directamente a la intervención del derecho: de él se espera que haga los señalamientos explícitos de lo que sería posible forzar jurídicamente. Aquí, como en todo lo demás, el derecho sirve de red de seguridad para amortiguar el fracaso de la relación primaria. El paso puede tener lugar a partir de motivaciones enteramente subjetivas que son, con frecuencia, inadmisibles: por ejemplo, que se haya faltado al respeto (las diferencias de clases entre el burócrata y el cliente pueden hacer que se exacerbe la susceptibilidad). Pero las motivaciones no son argumentos: permanecen como comunicación latente, antes y después de la juridización - en todo caso se podrían inferir a partir de una análisis sociológico.

Además es claro para los funcionarios administrativos que llevar al forzamiento jurídico puede tener amplias consecuencias políticas en caso de que se tope con intereses que tengan representación política. La industria del lugar, los campesinos, los vinicultores, los pescadores, pueden exigir consideraciones de igualdad para los intereses que representan, aun cuando el juez haya llegado a una decisión de consecuencias incalculables. La administración estará bien asesorada si desarrolla una sensibilidad política: sobre todo en los casos en los que la relación entre violación del derecho y daño no es inmediatamente comprensible; o que sólo lo es si se echa mano de mediciones artificiales. Por eso, como existe una especie de "segundo trámite" ante el superior que se obtiene mediante la prensa o las influencias, a las instancias más bajas, las "street level burocracy", se les recomienda tomar estrategias de protección: informes escritos o formularios que aseguren que nada

---

[798]Para ello , con buenos análisis de sociología del derecho: Keith Hawkins, Environment and Enforcement: Regulation and the social definition of Pollution , Oxford 1984.

acontece, cuando en realidad sí sucede.[799] Mientras que desde el punto de vista jurídico existe una estrecha relación entre legislación y aplicación de la ley, sólo transmisible a través de la interpretación o de problemas probatorios, políticamente, los horizontes de ambos ámbitos de decisión se separan.

Ante este estado de cosas, sería equivocado ver que lo fundamental de la administración política consiste en la aplicación de leyes. Ya no nos encontramos en la situación de la temprana modernidad en la que no existía otra cosa, en la administración local, que tribunales. La obligación de observar la ley por parte de la administración pública, lograda en el siglo XIX es algo indiscutible. Pero esa obligación sólo ofrece la posibilidad de que se recurra al derecho en caso de que surjan dificultades. Y aun análisis actuales que investigan la "implementación" de los programas aprobados jurídicamente, y que se quejan o de los defectos jurídicos correspondientes, o del procedimiento equivocado típicamente burocrático, parten, con frecuencia, del prejuicio de que las leyes deberían ser puestas "en práctica". El gobierno estatal y la administración son, sin embargo, de arriba a abajo, una organización del sistema político. Este sistema realiza política y no derecho -con la salvedad de que en cualquier momento puede saltar la pregunta de si esto ocurre legal o ilegalmente. Con esta pregunta, la comunicación cambia la aguja del sistema al que se hace referencia.

IV

Empíricamente, al examinar la influencia política de los juristas, se podrían comprobar las tesis sobre la separación y sobre el contacto comprimido que se realizan entre el sistema político y el del derecho. Tales investigaciones deberían de prepararse teóricamente en forma cuidadosa y establecerse en un nivel operativo y no sólo personal. Una pregunta es si los juristas, gracias a sus estudios o gracias a su actividad profesional, se encuentran especialmente preparados para la actividad política. Otra pregunta es si en contextos políticos los juristas, en cuanto juristas, producen efectos; esto es, si atienden primariamente a la atribución valoral relativa al código derecho/no-derecho.

Que la política se encuentre prácticamente en manos de juristas es un presupuesto que se esgrime con frecuencia, pero que rara vez se documenta. Se señala al así llamado "monopolio de los juristas" en la carrera de la administración pública, o también el hecho de que los lobbystas de renombre en Washington estén representados por influyentes (?)

---

[799] Esto es conocido, sobre todo, a partir de numerosas investigaciones policiacas. Véase, por ejemplo, a Jonathan Rubinstein, City Police, Nueva York 1974; Michael S. Brown, Working the Street; Police Discretion and the Dilemmas of Reform, Nueva York 1981; David E. Aaronson / C. Thomas Dienes / Michel C. Musheno, Public Policy and Police Discretion: Process of Decriminalization, Nueva York 1984. Para otros ámbitos también Richard McCleary, Dangerous Men: The Sociology of Parole, Beverly Hills 1978, especialmente pág. 145 y ss. O Jeffrey M. Prottas, People-Processing: The Street-Level Bureaucrats in Public Service Bureaucracies, Lexington Mass. 1978

compañías de abogados.[800] Con esto no se aclara en qué tipo de habilidad reposa la influencia y en qué sistema de funciones se volverá efectiva. Se puede reconocer que los juristas, habituados a procesos controversiales con reconocimiento (profesional) de la parte contraria, tienen una relación más abierta con la política que otras profesiones académicas.[801] Pero esto no significa todavía que su eventual influencia sobre la política se base en que las cuestiones jurídicas decidan el resultado de lo político. Así sucede también en las más elevadas posiciones de la industria, o en la preferencia de las compañías por ciertos abogados o bufetes de abogados: es más importante la habilidad al presentarse, la capacidad de conducirse en la interacción (o por teléfono), el conocimiento del medio, los conocimientos sobre la organización, e inclusive el ser alguien reconocido, que el conocimiento que se tenga sobre el derecho. Puede ser, y es el caso más frecuente, que las cuestiones de derecho delimiten el marco de lo políticamente posible y que al ser tocados estos límites se requiera de ayuda jurídica para la argumentación y para la decisión. Pero entonces sigue siendo una cuestión política el riesgo jurídico que se esté dispuesto a enfrentar.[802] Que los juristas, en las consultas en las que entran en contacto la política y el derecho, puedan conducir (o evitar) el diálogo y el acuerdo que se abrevan del derecho; que la política permanezca adherida inútilmente a tales cuestiones, es tan notorio, como lo es el hecho de que, a fin de cuentas, se trata de otra cosa.

Investigaciones realizadas a compañías jurídicas en Washington concluyen que se sobrestima su influencia en la política.[803]Sin duda los clientes acomodados pueden escoger "mejores" bufetes de abogados, pero aun así queda abierta la pregunta si su influencia es atribuible al argumento jurídico (si es que se llegara a ello), o a la importancia política del cliente.[804]Esto indica también que la utilización de abogados para que establezcan contactos políticos es situable más bien en el sistema político, que en el sistema jurídico; además de que para eso no se necesitan conocimientos jurídicos profesionales en cantidad significativa. Las investigaciones empíricas documentan discrepancias notables entre la

---

[800]Véase, por ejemplo, de la pluma de uno de estos abogados, a Charles Horsky, The Washington Lawyer, Boston 1952. Compárese también con Heinz Eulau/ John D. Sprague, Lawyers in Politics: A Study in Professional Convergence, Indianapolis 1964.

[801]Véase a Elmar Lange/ Niklas Luhmann, Juristen -Berufsauswahl und Karrieren, Archivo administrativo 65 (1974), pág. 113-162 (156 ss.)

[802]Una buena oportunidad para un estudio de caso la ofreció el Informe de la Comisión de estudios sobre la Reforma del Derecho del Servicio Público, Baden-Baden 1973, con II tomos anexos. Por el nombre que se le dio a la comisión, importaban las cuestiones jurídicas, y de hecho se procuraron en gran amplitud dictámenes periciales judiciales, para sondear el espacio libre de las reflexiones sobre las reformas (garantía institucional de funcionarios profesionales, etc.). Pero ya estaba políticamente preseleccionada la determinación del perito; y para las recomendaciones de la comisión misma, fueron decisivas casi exclusivamente, las cuestiones de organización y estructuración.

[803]Véase a Robert L. Nelson/ John P. Heinz, Lawyers and the Structure of Influence in Washington, Law and Society Review 22 (1988), pág. 237-300. En el resumen dice: ·... the findings indicate that lawyers occupy a relatively specialized niche in the system of interest representation, one that allows them to command substantial economic rewards and to maintain a measure of independence and autonomy in their work , but that limits their influence in policy formation ".

[804]Véase a Robert L. Nelson et al., Private Representation in Washington: Surveying the structure of Influence, American Bar Foundation Research Journal 1987, I, págs. 141-200

autorrepresentación profesional y la red de contactos reales.[805] Aunque esto no debería conducir a la conclusión de que los abogados no podrían diferenciar las cuestiones políticas de la jurídicas. Los análisis de red de contactos dejan ver claramente las parcialidades políticas que contradicen la imagen del abogado "imparcial": sin embargo, estas parcialidades no se determinan por cuestiones jurídicas sino sólo documentan las autoelecciones no jurídicas.[806] Después de todo, el mondo estatuto de jurista no es ningún indicador confiable en la cuestión de si una comunicación transcurre más bien en el sistema político, o en el sistema jurídico. De todas maneras, ningún jurista podría operar exitosamente en estos terrenos si no diferenciara entre cuestiones jurídicas y políticas, o se equivocaría si pensara que los problemas políticos se resuelven como problemas jurídicos.

Otra posibilidad de comprobar empíricamente la hipótesis de la separación de los sistemas, podría consistir en tomar importantes descubrimientos jurídico dogmáticos y preguntarse bajo qué condiciones hubieran sido en el sistema de política partidista, un tema político. Por ejemplo la apariencia de plenipotencia que alguien despierta, tolera, o no se da cuenta de ello (¡tres variantes!) y que provoca que otro a través suyo quede dotado de poderes plenos. O la culpa in contrahendo que posibilita la queja aun en contra del contenido contractual acordado. Es bastante improbable que tales problemas pudieran ser considerados como problemas políticos. Y es, asimismo, improbable que los tribunales prescindieran, en tales casos, del desarrollo jurídico y que los remitieran a la inspiración política.

Contrariamente a todo lo que hace suponer la óptica de un "Estado" común, existen en el nivel operativo diferencias tan significativas que se camina mejor suponiendo la clausura operativa de los sistemas. Cuando, en casos individuales se hacen visibles las interrelaciones, se aclaran en calidad de coincidencias de los modi operandi de los dos sistemas. En ese sentido, independientemente de lo frecuente que acontezca esto, se aclararán como casualidades. Esta aclaración deberá ser ratificada con análisis correspondientes que se deberían desprender del interior del sistema, de lo contrario este concepto de teoría acabaría por incluir, sin ningún tipo de comprobación, el caso contrario: su propia refutación.

V

La indiscutible densidad de relación entre política y derecho no justifica, después de todo, hablar de un solo sistema. Al contrario: su apropiada representación exige partir de dos referencias diversas de sistema.

Con ello no queda excluido que para un observador determinadas operaciones particulares tengan un sentido, a la vez, político y jurídico. La promulgación de una ley en el

---

[805]Compárese con Edward O. Laumann/ John P. Heinz et al., Washington Lawyers and Others: The Structure of Washington Representation, Stanford Law Review 37 (1985), págs. 465-502.
[806]Véase a Nelson/Heinz en el lugar citado, pág. 290 y ss.

parlamento puede ser registrada como éxito político. En ese acto terminan largos esfuerzos por lograr un consenso sólido, y esa nueva ley cambia, simultáneamente, la situación de vigencia del derecho: sirve de instrucción para los tribunales y más allá sirve para todo aquel que quiera saber, en el ámbito de sentido correspondiente, qué es lo conforme a derecho (y lo que no). El hecho de que un observador pueda allí identificar el suceso en términos unitarios, no significa nada para la unidad del sistema. Tan pronto como se toma en consideración el entrelazamiento recursivo de dicha operación con otras de su mismo tipo, se disuelve la unidad del hecho particular. La prehistoria política de la ley es algo totalmente diverso a la prehistoria jurídica de la ley. En esta última interviene la ley y es ella quien ha fijado las condiciones de posibilidad de dicha modificación legal. Políticamente se trata de una historia de "talk"[807], de maniobras, de operaciones dentro del esquema gobierno/oposición, de negociaciones, de declaraciones públicas, de intenciones con la segunda intencionalidad de sondear la opinión pública... Políticamente el asunto llega a término en el acto simbólico de la legislación, con la posibilidad de que se le cite en los informes, en calidad de éxito del partido o del gobierno. No obstante todo esto es totalmente independiente de los efectos jurídicos que se transmitan efectivamente por medio del derecho.[808] Hay que tomar en consideración, además, la relevancia política de no haber hecho una modificación que ya había planeado y propuesto el sistema jurídico: para esto no existe ningún equivalente funcional en el sistema de derecho.

Nada puede cambiar esta no-identidad de los sistemas, ni siquiera la reglamentación detallada del procedimiento legislativo que fuera propuesta o por el propio legislador, o por parte de los tribunales constitucionales.[809]

Esa no-identidad se conserva como estructura de regulación jurídica del sistema del derecho y puede estimular (e irritar) la comunicación política y remitirla a una consulta jurídica. Para la política el aprovecharse de la falta de nitidez del derecho constituye un riesgo; además de que una infracción a la ley que por sí misma no sería de importancia, se podría volver relevante cuando, al mismo tiempo, se trate de un fracaso político y que cuente como punto a favor del rival político. La razón de esta diferencia se encuentra en la autopoiesis de los sistemas: cada sistema define, por medio del entramado de sus propias operaciones, aquello que puede participar como elemento específicamente propio. Cuando

---

[807]Nuevamente en el sentido de Brunsson, en el lugar citado (1989).

[808]Véase para esto el estudio de caso de Vilhelm Aubert, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, en: Ernst E. Hirsh / Manfred Rehbinder (editor), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft II de la Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie Köln 1967, pág. 284-309. La investigación trata de una ley noruega sobre los empleados domésticos, con cuya promulgación fueron llevadas a término simbólicamente controversias políticas, sin que se hubiera verificado si aún existían, a final de cuentas, empleados domésticos y como podrían éstos, en caso de existir, enterarse de sus derechos. Para otro caso de autobloqueamiento (introducido políticamente) de nuevos derechos, véase a Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass. 1968. Compárese también con Niklas Luhmann, Reform des öffentlichen Dienstes: Ein Beispiel für Schwierigkeiten der Verwaltungsreform (1974), citado según la edición de Andreas Remer (editor), de la Verwaltungsführung, Berlín 1982, pág. 319-339.

[809]Véase, para ello, a Charles-Albert Morand, Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionel portant sur la formation de la législation, Droit et Société 10 (1988),pág. 391-406, con otras referencias bibliográficas.

la doctrina clásica del Estado Soberano concibe el derecho y su correspondiente positivismo como fundados políticamente, se le debe observar como observador del sistema y se le debe problematizar su perspectiva. Por ejemplo históricamente se puede hacer ver que esas descripciones compactas fueron plausibles en la situación social de aquel tiempo. Por el contrario, si se acepta la forma de descripción basada en la teoría de los sistemas clausurados en su operación, no se logra evitar que se parta de una separación de sistemas.

Las operaciones de los sistemas se identifican por separado, porque son ellos mismos los que al reproducirse deciden sobre sus propios límites. Esto ocurre con la ayuda de un código específicamente propio. En el sistema político esto se lleva a cabo por medio de la respectiva distinción del poder en turno entre (poder ministerial) y sus subordinados (gobernantes/gobernados), así como por el código del poder ministerial que se expresa en el esquema: gobierno/oposición. En el sistema jurídico la codificación descansa en una distinción totalmente diversa: lo conforme con el derecho/lo discrepante con el derecho. Correspondientemente divergen los programas que regulan la distribución de los valores positivos y negativos del código, y correspondientemente divergen tanto las condiciones con las que se reconoce lo que le pertenece al sistema, como el establecimiento de lo que para el sistema es entorno. Si esta capacidad de distinguir y de incluir sistemas no funcionara, las consecuencias serían el caos y la simplificación extrema. Cada decisión jurídica, cada cierre de contrato, sería una acción política; y, al revés, el político con sus comunicaciones tan sólo podría interpretar o modificar situaciones jurídicas, lo que lo obligaría a comportarse con demasiada cautela.

También las simbolizaciones que se utilizan al interior del sistema son distintas. Si se simboliza la pertenencia al sistema jurídico -precisamente y, sobre todo, cuando se trata de modificaciones a la ley-, se apela al "derecho vigente" -esto ya se ha tratado anteriormente en el capítulo 2, VIII. Si por el contrario, se trata del sistema político, la fórmula de identificación se llama "Estado":[810]esto también se vuelve relevante cuando se tratan de canalizar las oportunidades de modificación de las leyes hacia los sistemas. Con esto no queda excluido el que el concepto de "Estado" sea también un concepto del derecho vigente. Cuando se designa a jueces y policías, maestros y médicos municipales como funcionarios públicos, no se alude sólo a la ley que regula sus relaciones, sino también a que su comportamiento puede convertirse en tema político; a diferencia del comportamiento que se exige a los médicos practicantes y a los "Body guards", cuyos escándalos conduce, cuando mucho, a que se exija políticamente la regulación legal -que evidentemente deberá dirigirse al Estado.

Si se observa, desde esta perspectiva, hacia atrás, hacia la semántica tradicional del Estado se reconocen los puntos de ruptura entre política y derecho, sobre todo ahí donde

[810]Véase, para esto más cercanamente, a Niklas Luhmann, Staat und Politik: Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme, en Soziologische Aufklärung, Tomo 4, Opladen 1987, pág. 70-103.

se trataba de evitar las inquietudes y las turbulencias: en la paz interna. Ya en la antigua doctrina de la razón de Estado se le había concedido al príncipe violar el derecho y esta violación dejarla pasar por alto (impune), en interés de conservar su poder y, con ello, la paz.[811] La doctrina estaba inscrita en el contexto del derecho natural-ético, en el cual -en vistas de las circunstancias- la garantía de la paz era valorada por encima que las ocasionales violaciones al derecho. Después del colapso de esta tan grande semántica de legitimación, al final del siglo XVIII vuelve a resurgir el problema. David Hume lo anota: "A single act of justice is frequently contrary to public interest; and were it to stand alone, without being followed by other acts, may, in itself, be very prejudicial to society".[812] La insistencia absoluta en el derecho propio será vista, si no como injusticia, sí como perturbación de la paz con terribles consecuencias -por ejemplo en Kleists Michael Kolhaas.[813] Y en la "Signatur des Zeitalters" de Friedrich Schlegel se dice: "...ninguna forma de paz que se apoye en la autonomía permanente... es pensable sin la cesación correspondiente de la exigencia absoluta del derecho".[814] Lo que se encontraba resumido en el antiguo concepto de legalidad que solicitaba moderación se desploma con la fórmula medieval (temprano moderna) de pax et iustitia. Pierde, además, con el colapso del derecho ético-natural y del dominio de la nobleza en el que estaba inscrito, la relación con su última unidad. Las "oposiciones" se establecen, a pesar de todo el esfuerzo de los románticos por mantenerlas unidas. El secuestro de Erich Honecker por parte de la maquinaria militar soviética, para sustraerlo de la justicia alemana -y la, se puede decir, comprensiva protesta del lado alemán en marzo de 1991-, pone en evidencia que el problema no ha perdido actualidad.

Esto no debe significar que la oposición sea la última palabra. Cuando se reorientan estas fórmulas de pax et iustitia con análisis sistémicos, las posibilidades de combinación resultan más ricas. La separación de los sistemas puede ser vista como condición para elevar la dependencia recíproca y la sociedad, como condición de posibilidad de este contexto. La democratización del sistema político y la positivización del derecho se han podido desarrollar gracias a la posibilitación y estimulación recíprocas. En el siguiente

[811]Véase, para esto, a Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik, en Gesellschaftsstruktur und Semantik, tomo 3, Francfort 1990, pág. 65-148.
[812]A Treatise, en el lugar citado, tomo 2, pág. 201. Se puede entender esto sin esfuerzo como contradicción en el nivel de los acontecimientos particulares en la compatibilidad de los sistemas recursivos en su operación. No obstante Para Hume esto significa tan sólo, que la utilización privada de la propiedad debe ser asegurada, por lo general, aun cuando en el caso particular contradiga el interés público.
[813]"Einer der rechtsschaffensten und zugleich entsetzlichsten Menschen seiner Zeit" , así caracteriza Kleist en la primera oración de su novela a su héroe. Para el contexto romántico y en relación con un esquema neuroeuropeo, forzado, de justicia/injusticia, véase también a Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen de Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988/89, pág. 96-125
[814]Citado según la edición en: Friedrich Schlegel, Dichtungen und Aufsätze, Munich 1984, pág. 593-728 (700). Y allí mismo: ."... sin la exigencia absoluta del concepto de derecho, toda guerra sería una guerra de vida o muerte".

capítulo veremos que esto presupone la separación de los sistemas y, al mismo tiempo, un mecanismo de acoplamiento estructural.

Capítulo 10
Acoplamientos estructurales

I

Mientras mayor sea el énfasis que la teoría de sistemas haga en la clausura operativa de los sistemas autopoiéticos, con mayor urgencia se plantea el problema del modo en que, en tales circunstancias, toman forma las relaciones entre entorno y sistema. Porque con ello no se niega ni la realidad, ni la relevancia causal del entorno; de otra manera no podría ni siquiera hablarse de diferencia, diferenciación, etcétera. La clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducida con operaciones propias. Y también, a la inversa: que el sistema no puede operar en su entorno, por lo que tampoco posee la capacidad de vincularse a su entorno a través de operaciones propias.

La ventaja teórica de este punto de partida consiste en que requiere una precisión poco común de los enunciados relativos a las «relaciones entre sistema y entorno»[815]. La respuesta a ello la encontramos en el concepto de «acoplamiento estructural»[816]. La designación se debe a la oposición entre este concepto y los acoplamientos operativos (acoplamientos de operaciones por operaciones) y, también, para distinguirlo de las causalidades en curso que, si se nos permite este modo de expresión, ignoran o transgreden los límites del sistema.

Existen dos variantes para los acoplamientos operativos. Una es la autopoiesis, que consiste en la producción de operaciones del sistema por mediación de las operaciones del sistema. La otra descansa en la simultaneidad que debe suponerse siempre entre el sistema y el entorno. Esta simultaneidad permite un acoplamiento momentáneo de las operaciones del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno, por ejemplo, la

815 En un sentido conceptual. Un problema muy distinto y que, en todo caso, supone la clarificación conceptual que aquí pretendemos alcanzar es el problema matemático de lo que puede lograrse.

816 En relación a este concepto en el plano de los sistemas vivos (células y organismos), cfr. Humberto R. Maturana: Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, Braunschweig 1982, pp. 150ss, 251ss; y del mismo autor y Francisco J. Varela, Der Baum der Erkenntnis: Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens, Munich, 1987, en especial, pp.85ss. y 251ss.

posibilidad de cumplir una obligación legal por medio de un pago, o sugerir consenso/disenso político decretando una ley. Sin embargo, los acoplamientos operativos entre sistema y entorno son posibles, debido a tales identificaciones, exclusivamente en intervalos de eventos. Tales intervalos no son estables y descansan siempre en cierta ambigüedad de la identificación, porque, en el fondo, la identidad de los eventos individuales es siempre generada por la urdimbre recursiva del sistema individual. Desde el punto de vista de la economía, por ejemplo, el pago es, en lo que se refiere a la reutilización del dinero, algo enteramente diferente a lo que es desde el punto de vista legal: la conformación de la situación jurídica que todo ello ocasiona.

Por el contrario, se habla de acoplamientos estructurales cuando un sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente en ello -por ejemplo, en que el dinero, en general, se acepte, o que uno pueda esperar que las personas sean capaces de determinar la hora. En consecuencia, también el acoplamiento estructural es una forma, i.e., una forma constituida de dos lados; con otras palabras: una distinción. Lo que incluye (lo que se acopla) es tan importante como lo que excluye. Las formas del acoplamiento estructural son, por lo tanto, *restrictivas y facilitan con ello* la influencia del entorno sobre el sistema. Las células solamente aceptan determinados iones (como natro y calcio) a través de sus membranas, rechazando otros (como cesio o litio)[817].

Los cerebros, con sus ojos y oídos, se acoplan únicamente en un rango físico muy estrecho con su entorno -y, en todo caso, no lo hacen por medio de sus propias operaciones neurofisiológicas. Pero, precisamente por ello, hacen al organismo increíblemente sensible desde el punto de vista del entorno. La restricción es condición necesaria de la capacidad de resonancia, y la reducción de la complejidad es condición necesaria de la construcción de complejidad.

Que los acoplamientos estructurales tanto separen como vinculen a los sistemas es algo que también puede expresarse con la distinción entre procesamiento *análogo* y procesamiento *digital,* que se hace con miras a la simultaneidad[818]. Los sistemas envejecen regularmente en el mismo tiempo y, en este sentido, de manera análoga, sin por ello estar referidos a mediciones de tiempo. Pero, a la vez, procesan digitalmente y de un modo correspondientemente diverso en cuanto a la rapidez o la lentitud sus propias relaciones de tiempo: con extensiones (más amplias o más cortas) hacia los puntos cronológicos, según sea su pasado o su futuro; lo mismo que con intervalos posiblemente diferentes respecto a lo que en un sistema determinado se constituye como un evento individual. De acuerdo con esto, el tiempo mismo transcurre regularmente para todos, y esta circunstancia garantiza la conservación independiente, desde el punto de vista operacional, de los acoplamientos estructurales. Pero, del mismo modo, en este tiempo simultáneo pueden presentarse diferentes distinciones, con la consecuencia de que, por ejemplo, los procedimientos

[817] El ejemplo es de Maturana/Varela, op.cit. p.86.

[818] Véase, por ejemplo, en lo que se refiere a esta distinción, Anthony Wilden, System and Structure: Essays in Communication and Exchange, 2a. ed., Londres 1980, pp. 155ss.

legales orientados a fines en la economía -o, también, en la política- pueden resultar con frecuencia demasiado lentos y, por consiguiente, prácticamente inutilizables como mecanismos que den lugar a decisiones.

Como el sistema se encuentra determinado por sus propias estructuras y sólo puede ser digitalizado (=especializado) por sus propias operaciones, los eventos del entorno no pueden intervenir como «inputs», cualquiera que sea su pertenencia al sistema, ni siquiera en la esfera de los acoplamientos estructurales. Dicho de otra manera: el sistema no es una función de transformación que transforme siempre de la misma manera «inputs» en «outputs», ni aun en el caso de que el sistema se estructure a sí mismo por medio de programas condicionales[819]. Así, en el sistema mismo los acoplamientos estructurales sólo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de «acoplamiento estructural» y de «irritación» se encuentran condicionados entre sí de manera recíproca[820].

También la irritación es una forma de percepción del sistema; más precisamente, una forma de percepción *sin un correlato en el entorno*. El entorno mismo no es irritado al irritar el sistema y solamente un observador puede formular la afirmación de que «el entorno irrita el sistema.» El sistema mismo registra la irritación solamente en la pantalla de sus propias estructuras (por ejemplo, en la forma del problema acerca de quién tiene la razón en caso de conflicto). Las anomalías, las sorpresas, las decepciones, suponen, en calidad de marco de referencia en el que aparecen, expectativas: estas estructuras son resultado de la historia del sistema. El concepto de irritación no contradice la tesis de la clausura autopoiética y la determinación estructural del sistema: más bien, la supone.

Pero, en tal caso, el problema es el de saber cómo es que un sistema puede desarrollar irritabilidad, cómo es que puede percatarse de que algo no está bien. Para ello resulta indispensable una preparación interna, porque ni siquiera las irritaciones podrían ser identificadas como tales si no hubiera una expectativa en relación a ellas. Sin embargo, la expectativa supone a su vez, en caso de perturbaciones, que se sea capaz de hallar con suficiente rapidez soluciones que no sólo no bloqueen la operatividad ulterior, sino que le abran camino.

El concepto de irritación dirige nuestra atención sobre todo al hecho de que, a pesar -y precisamente- a causa del acoplamiento estructural de los sistemas acoplados, los sistemas reaccionan de manera *diversa, en lo que se refiere a la celeridad,* a las irritaciones. La velocidad de resonancia depende de las estructuras del sistema y también, por lo tanto, de la respectiva historia del sistema. De esta manera, los acoplamientos

---

[819] Con esto corrijo mis opiniones anteriores al respecto. Cfr. Niklas Luhmann, Zweckbegriff und Systemrationalität, nueva ed., Francfort 1973, pp.88ss.; del mismo autor: Rechtsystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, pp.25ss. Como antes, no debe ponerse en duda que un observador puede, para hacerse cargo de los hechos, utilizar el modelo input/output como un modelo causal altamente simplificado. En el presente texto hemos optado, sin embargo, por un teoría más compleja.

[820] Los pares de conceptos en competencia que buscan también una explicación del fenomeno de la auto-organización y el aprendizaje en los sistemas operativamente clausurados son los de asimilación/acomodación (Jean Piaget) y los conceptos utilizados más arriba de variedad/redundancia (Henri Atlan). No podemos ocuparnos en este momento de una comparación detallada de teorías.

estructurales únicamente garantizan la simultaneidad del sistema y el entorno en la sucesión respectiva de eventos, *aunque no su sincronización*[821]. También las ondas de resonancia en los sistemas acoplados pueden ser de diversa longitud y complejidad. Como mostraremos en lo que sigue, aun cuando el sistema de derecho se encuentre estructuralmente acoplado con el sistema político y con el sistema económico por medio de instituciones (Constitución, propiedad, contrato), esto no representa ninguna garantía de una coordinación invariante en el tiempo, sino, tan sólo: garantía de una suficiente especificidad para el reconocimiento de sorpresas multifacéticas.

Los acoplamientos estructurales, con su doble efecto de inclusión y exclusión hacen más fácil la concentración de la irritabilidad; lo mismo que preparan, en el ámbito de sus posibilidades, para las contingencias. El sistema únicamente puede desarrollar sobre tal base aquellas sensibilidades que permanecen en la esfera de las operaciones controlables. En el caso del cerebro y de todas las construcciones sistémicas que de ello dependen (los sistemas psíquicos, los sistemas sociales) se llega inclusive a sistemas endógenamente inquietos que constantemente están irritados y que lo están más cuando no hay irritaciones. Es precisamente esto lo que supone el aislamiento frente a estímulos del entorno que no se presentan por medio de acoplamientos estructurales.

La sociedad como un sistema de comunicación depende en este sentido, de un acoplamiento estructural con los sistemas de conciencia[822]. Es únicamente a través de la conciencia -y no, por ejemplo, de manera química, bioquímica o neurofisiológica- que la sociedad puede ser influida por su entorno. Sólo de este modo resulta posible construir complejidad en alto grado en el sistema de la sociedad -operativamente clausurado debido a la comunicación; la comunicación como operación contiene, de hecho, un componente que solamente puede actualizarse en la forma de sorpresa, es decir, de información. El aniquilamiento físico de la vida y la conciencia no irritaría, sino que daría fin a la comunicación.

La forma normativa de la expectativa se ajusta explícitamente a las sorpresas; supone el acoplamiento -aunque no precisamente la congruencia- entre los sistemas de conciencia y la comunicación y da por sentado que constantemente tendrán lugar decepciones de las expectativas. Dispone también, en la forma del derecho, de estructuras de captación que impiden que esta constante decepción conduzca a la anulación de las estructuras. Con ello, repetimos y confirmamos lo dicho más arriba acerca de la función del derecho: la conformación del derecho es una función del sistema sociedad, referida a un problema que resulta del acoplamiento estructural de este sistema con el entorno.

---

[821] Más detalladamente al respecto: Niklas Luhmann, Gleichzeitigkeit und Synchronisation, en la obra del mismo autor: Soziologische Aufklärung, Vol. 5, Opladen 1990, pp.95-130.

[822] Cfr. Niklas Luhmann, Wie ist Bewusstsein an Kommunikation beteiligt?, en Hans Ulrich Gumbrecht/K. Ludwig Pfeiffer (Eds.), Materialität der Kommunikation, Frankfurt 1988, pp.884-905; y, del mismo autor: Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt 1990, pp.11ss.

La situación se modifica cuando para el cumplimiento de esta función se diferencia un sistema de derecho particular. La comunicación social se encuentra, como siempre, acoplada a sistemas de conciencia y, como siempre, lo que pueda ocurrir en éstos es lo que irrita la comunicación social. Sin embargo, debido a la diferenciación del sistema social surge, adicionalmente, una nueva relación sistema-entorno dentro del sistema de la sociedad, a saber: el del sistema del derecho con su entorno social interno. También en el sistema del derecho se comunica, también él es irritado por los sistemas de conciencia, pero, además, surgen posibilidades para el sistema del derecho de desarrollar nuevas formas de acoplamiento estructural en relación a los sistemas sociales de su entorno social interno.

Pero cualquiera que sea la manera en que se alcancen los avances en lo relativo a la complejidad, los acoplamientos estructurales no introducen nunca normas del entorno en el sistema del derecho. Lo único que hacen es provocar irritación. La forma «acoplamiento estructural» no constituye un tema normativo, como si pudiera ser prescrita. Ciertamente, aquellas instituciones que desde el punto de vista del sistema del derecho logran esto (y en este contexto hablaremos de la propiedad, del contrato y de la Constitución) pueden asumir la forma del derecho -aunque *no en su función de acoplamiento estructural*. Ésta debe suponerse como algo dado que ubica ortogonalmente las operaciones que dan lugar a estructuras propias del sistema (normas) y que se orientan de acuerdo con ellas.

Y también aquí tiene validez la regla general: en tanto se encuentre sometido de manera irrestricta a las presiones de su entorno social, el sistema del derecho es incapaz de concentrarse en determinadas perturbaciones. Toda presión imaginable deforma el derecho, ya sea que ignore o que esquive el derecho vigente; ya sea que en ciertos casos haga que el sistema declare como discrepante lo que es conforme con el derecho, o como conforme lo que es discrepante. Sin acoplamientos estructurales en la relación de los subsistemas sociales entre sí, el derecho -en el sentido del uso moderno de la palabra-, permanece como algo corrompido.

Este concepto posee un sentido claramente peyorativo. Sin embargo, es necesario, ver más allá de ello, que el problema no reside exclusivamente en el combate a la corrupción, en las normas contra la corrupción, ni en la imposición de éstas. El problema de fondo es más bien: qué acoplamientos estructurales en relación a los subsistemas hacen posible reemplazar la corrupción y, al mismo tiempo, disminuirla, y que además, con el apoyo del acoplamiento, permitan una mayor influencia del entorno en el sistema del derecho.

II

Evidentemente que depende de la forma de diferenciación misma qué acoplamientos estructurales instituya la sociedad para enlazar entre sí sus subsistemas y, al mismo tiempo, para limitar dicho enlazamiento. Los acoplamientos estructurales que vinculan al

sistema del derecho con otros sistemas funcionales de la sociedad surgen, por lo tanto, hasta que la diferenciación funcional del sistema de la sociedad ha alcanzado un grado de desarrollo en el que la separación y la interrelación de los sistemas funcionales constituyen un problema y en el que la paradoja de la unidad del todo (que se compone de partes) puede ser transferida a los acoplamientos estructurales y, con ello, adquirir forma. Esta teoría puede ser empíricamente puesta a prueba cuando puede establecerse que, de hecho, se conforman nuevos mecanismos de acoplamiento estructural en el curso del desarrollo de la diferenciación funcional[823].

En tanto que la sociedad se diferencia de manera segmentaria (tribal), parece existir solamente el mecanismo general del acoplamiento estructural entre derecho y violencia -de lo cual nos hemos ocupado en el capítulo relativo a la evolución del derecho[824]. Las expectativas normativas no pueden practicarse sin echar una mirada de soslayo a la realizabilidad, y ésta varía de caso en caso, de acuerdo con los agrupamientos de los participantes. Los «ayudantes de juramento» pueden jurar esto (y sólo esto.) La propiedad debe ser defendida y el derecho es uno de los medios para lograrlo. No existen, en consecuencia, problemas específicos de acoplamientos estructural de ninguna índole entre la economía y el derecho. La propiedad no puede distinguirse de los vínculos de parentesco[825], mientras que los contratos se encuentran insertos, si es que en absoluto se pudiera hablar así, en las obligaciones generales de compensación, i.e., en el marco de las relaciones de reciprocidad[826]. El antiguo derecho griego y romano muestran aún huellas de esta condición: un concepto especial de propiedad no es indispensable, en vistas de que el par oíkos-familia resulta suficiente. Y, haciendo caso omiso de las excepciones altamente formalizadas, los contratos consisten en la transacción misma, tras la ejecución de la cual no cabe ya esperar más problemas porque, evidentemente la conveniencia social aporta su propia contribución[827].

Los acoplamientos estructurales de este tipo se dan en el modelo de diferenciación mismo, aunque tengan una eficacia limitada cuando la sociedad transita hacia una diferenciación primaria estratificada. Como siempre, también en el caso del acceso al derecho, tales acoplamientos privilegian a las clases altas. El problema aquí solamente puede ser el de en qué medida la propiedad de la tierra y «la vieja riqueza» como

---

[823] Otro problema es el de si la novedad puede ser vista o ser ocultada por los contemporáneos y la de cómo ocurra esto. En particular en el siglo XVIII, la figura del «derecho natural» se utiliza también para el ocultamiento de la innovación, tanto en el derecho constitucional como en el derecho contractual. En lo que sigue nos ocuparemos con mayor detalle de esto.

[824] Cfr., Cap. 6, IV.

[825] Cfr. Max Gluckman, African Land Tenure, Scientific American 22 (1947), pp.157-168; de él mismo, The Ideas in Barotse Jurisprudence, 2a. Ed., Manchester 1972.

[826] Para un ejemplo de esto, véase: T. Selwyn, The Order of Men and the Order of Things: An Examination of Food Transaction in an Indian Village, International Journal of the Sociology of Law 8 (1980), pp.297-317.

[827] Acerca de la idea de tener obligación sin responsabilidad formal y sin la posibilidad de imposición procesual en el derecho griego temprano, véase Fritz Pringsheim, The Greek Law of Sale, Weimar 1950, p.17. Pringsheim subraya explícitamente, sin embargo, la imposibilidad de concluir de ello un reconocimiento de los contratos informales de consenso como institución jurídica.

fundamentos del poder político son compatibles con la riqueza comercial, i.e., con una riqueza adquirida rápidamente. El punto no puede ser decidido en el derecho y, en consecuencia, el desarrollo del derecho resulta (en medida admirable) independiente del problema, en el caso excepcional del derecho civil romano.[828] La reglamentación del contacto interaccional entre los diferentes estratos es, en lo esencial, un problema de economía casera -incluso de economía de bienes- y, en esa medida, el peso principal de un acoplamiento estructural de este tipo de la sociedad recae sobre la institución de la «casa en su totalidad»[829]. No es sino con la transición hacia la diferenciación funcional que se producen las condiciones para un acoplamiento estructural entre los diferentes sistemas funcionales.

Las condiciones para ello parecen residir en una diferenciación entre sistema económico y sistema político incompatible con la estratificación. Hasta la Edad Media, la política y la economía dependían del recurso de propiedad de la tierra. En la tierra se materializa una variedad de características importantes desde el punto de vista estructural: (1) la divisibilidad artificial y modificable; (2) la estabilidad de un estado de cosas dado; (3) la auto-renovación de los ingresos, mediante el superávit de los ingresos; (4) un fundamento para una continuidad familiar que abarca varias generaciones y (5) la afectabilidad por obra de la violencia, aunque no por robo o engaño. La fusión de estas ventajas estructurales en una institución explica la notable estabilidad de la «economía política» dependiente de todo ello. Sin embargo, en la Edad Media comienza un acelerado proceso de erosión de esta unidad debido al rápido desarrollo de la economía de dinero. Por ejemplo, la tierra es requerida ahora como garantía de crédito y todo esto modifica las formas jurídicas de la propiedad y hace necesario su carácter enajenable[830]. El desarrollo *conceptual* del dinero como institución legal se ve impedido, no obstante, debido a que, en la economía de donaciones y de instituciones de beneficencia de la Edad Media, tanto la iglesia como los señoríos seculares tenían un interés vital en lo relativo a la propiedad de la tierra, por lo que instituyen jurisdicciones y sistemas legales que compiten entre sí. Pero el desarrollo económico sigue su curso de manera transversal a este conflicto, al adaptar los intereses de la tierra al dinero y al valorar de un modo puramente económico las propiedad de la tierra como fuente de ingresos y fundamento de crédito.

---

[828] Puede inferirse esto a partir de los tipos de contrato que tienen como resultado no sólo contratos comercialmente relevantes, sino que también añaden, precisamente, a los servicios proporcionados por amistad -por ejemplo, depositum, mandatum- posibilidades de demanda e incluyen, si bien con muchas reservas, el comercio exterior con un ius gentium.

[829] Véanse, al respecto, los importantes trabajos de Otto Brunner, Adeliges Landleben und europäischer Geist: Leben und Werk Wolf Helmhards von Hohberg 1612-1688, Salzburgo 1949; de él mismo: Das ganze Haus und die alteuropäische Okonomik, en su obra: Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte, 2. Ed., Göttingen 1968, pp.103-127. Para la historia previa, véase también Sabine Krüger, Zum Verständnis der Oeconomica Konrads von Megenberg: Griechische Ursprünge der spätmittelalterlichen Lehre vom Hause, Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 20 (1964), pp.475-561.

[830] Cfr. Robert C. Palmer, The Economic and Cultural Impact of the Origins of Property 1180-1220, Law and History Review 3 (1985), pp.375-396 (386ss.); de él mismo: The Origins of Property in England, ibid. pp.1-50; para una situación de transición cuyo interés dominante es despojar de su tierra al deudor imposibilitado para pagar: Emily Zack Tabuteau, Transfers of Property in Eleventh-Century Norman Law, Chapel Hill NC 1988, pp.80ss.

Desde la Edad Media tardía en Europa, los problemas del desarrollo monetario-económico no pueden ya solucionarse en el ámbito de los territorios estatales[831]. Estos fenómenos fueron descritos, hasta el siglo XVIII, recurriendo a hipótesis sobre la naturaleza humana, y se respondió a ellos con una política «mercantilista» de la multiplicación del bienestar de los Estados individualmente considerados. La autonomía del sistema económico se había hecho evidente, en primer lugar, en el comercio internacional. El flujo de dinero, la creación de fuentes de trabajo, la calidad del producto, el bienestar, se consideraban, en consecuencia, como variables independientes. En tanto que tuvieran efectos en las finanzas del rey (lo que, a su vez, significaba libertad de acción política), el comercio podía describirse también como un «politique exchange»[832]. La notoria «corrupción» del Parlamento londinense por parte de Walpole puso claramente de manifiesto que este tipo de influencia del dinero en la política y, por lo tanto, en el derecho debía ser impedido;[833] a la vez que, en su lugar, la influencia de los intereses económicos sobre el derecho a la propiedad, la constitución corporativa y la libertad contractual debían ser objeto de apertura. Todo depende de que se constituyan y utilicen los canales adecuados. Únicamente cuando esto se ha logrado, en la segunda mitad del siglo XVIII, en alguna medida se reconoce y acepta una no-identidad en principio entre el sistema económico y el sistema político y no es sino en este contexto que las instituciones adquieren la forma que hace posible un acoplamiento estructural de los subsistemas.

Hasta la segunda mitad del siglo XVIII -en la que prevalece una perspectiva económica- la propiedad y el contrato se justifican todavía apelando a la naturaleza[834]. Si se observa con mayor cuidado, en ambos casos, resulta válido, en cierta medida, el esquema igual/desigual como la distinción que hace operativo lo que la naturaleza exige. En relación a la propiedad se afirma que la creación de los seres humanos ha sido, ciertamente, una creación se seres iguales entre sí, a saber: sin «bienes»; pero que el desarrollo de la sociedad, en consideración de ventajas mayores, conduce a la *desigualdad*[835]. La desigualdad se justifica, en parte, por razones económicas (división del trabajo, estímulos a la motivación); en parte, por razones políticas (necesidad de una diferenciación entre gobernantes y gobernados.) Por el contrario, en el caso del pensamiento contractual se

---

[831] Acerca del desarrollo de una división internacional del trabajo: Immanuel Wallerstein, The Modern World System vol.I, N.Y. 1974.

[832] Esta formulación se encuentra en Edward Misselden, The Circle of Commerce. Or. The Balance of Trade, in Defence of Free Trade, Londres 1623, Reimpr. Amsterdam 1969, p.98.

[833] «Dissertation upon Parties» de Bollingbroke (cit. según Works vol.2, Filadelfia 1841, Reimpr. Farnborough Hants, Inglaterra 1969, pp.5-172) permite conocer que, si bien hasta ese momento la Constitución inglesa podía hacerse cargo satisfactoriamente de los problemas del *medium* poder -en la forma de prerrogativas reales y eliminación de los derechos de rebelión- no podía enfrentar el uso político del *medium* dinero, en opinión de Bollingbroke, por ser más sutil y porque en el largo plazo produce consecuencias más ominosas, debido a que no se le puede oponer mediante una revolución abierta.

[834] Para la evolución jurídico-civil de estos conceptos en el derecho romano, véase también, Cap.6.III.

[835] Cfr. Niklas Luhmann, Am Anfang war kein Unrecht, en su obra: Gesellschaftsstruktur und Semantik vol.3, Francfort 1989, pp.11-64.

mantiene la *igualdad* de los contratantes[836], teniéndose en mente con esto la igualdad de la libertad para una decisión volitiva (aunque, por supuesto, no la igualdad de las relaciones de propiedad.) No será sino hasta el siglo XIX cuando se plantee, en el ámbito del socialismo, el problema de cómo es, en absoluto, posible tal libertad, en vista de la organización de las fábricas y de la dependencia del trabajo de la clase desposeída. Por el contrario, en la tradición del derecho natural, lo mismo que en la teoría económica que él determina, se admiraba plenamente la estructura de una sociedad que podía combinar la desigualdad de la propiedad y la igualdad de los contratantes. Es precisamente esto lo que en la antigua semántica europea tenía que tomarse, por fuerza, como un signo de la justicia del orden mismo.

Sin embargo, es necesario prestar atención a las restriciones que de allí surgen. En el siglo XVIII, el concepto de propiedad no incluye todavía la libre utilización de las oportunidades que el mercado ofrece[837]. Las connotaciones políticas del concepto, en el contexto de la «sociedad civil», son aún demasiado fuertes. Ciertamente no se considera más que la propiedad constituya una condición imprescindible del dominio, aunque sí se piensa que representa el único interés legítimo del ciudadano que participa en política mediante representación. Como haremos ver en los siguientes apartados, no será sino hasta alrededor de 1800 que las instituciones jurídicas de la propiedad y el contrato se adapten de tal modo que adquieran la capacidad de acoplar el sistema económico. Casi al mismo tiempo hace su aparición un concepto nuevo de Constitución para la relación entre sistema político y sistema de derecho. Mientras prevalecían las relaciones estamentarias no era posible ningún acoplamiento estructural entre sistema de derecho y sistema político. Lo único que había era el reconocimiento legal de las diferencias estamentarias, al igual que la regla de que en los procesos entre nobles y civiles, en aquellos casos en los que la situación objetiva o legal no fuera clara, el ganador del proceso debía ser el noble[838]. Los conflictos entre el orden jurídico y el dominio político ya diferenciado se regulaban por medio de la forma legal del contrato (o, dado el caso, se interpretaban como si esto hubiera ocurrido mucho tiempo atrás.) La Constitución reemplaza la figura semántica del contrato social o contrato estatal junto con la tradición del arreglo contractual del tipo de la «Carta Magna»[839]. Sólo entonces se tiene la libertad de descubrir que las viejas doctrinas relativas

---

[836] Según, por ejemplo, Hugo Grotius, De jure belli ac pacis libri tres, 1.II,C.XII,§VIII, cit. siguiendo la edición de Amsterdam 1720, p.373: «In contractibus natura aequialitatem imperat». Véase igualmente -si bien limitado a contratos gravosos, Samuel Pufendorf, De officio hominis & civis juxta Legem Naturalme libri duo 1.I.cXV,§III, cit. de acuerdo a la ed. Cambridge 1735, p.226. Más que ninguna otra cosa, debe suponerse la igualdad natural de todos los contratantes en todas las teorías del Estado y del contrato social que han buscado explicar cómo es que, en general, se ha llegado a la desigualdad.

[837] Cfr. para los territorios americanos, por ejemplo, Forrest McDonald, Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution, Lawrence Kansas 1985, p.14.

[838] Cfr. Estienne Pasquier, Les Recherches de la France, Nueva ed. París 1665, pp.577ss. con el informe de un caso en el que el Emperador resolvió el problema elevando al ciudadano al nivel de la nobleza y contribuyendo así a la victoria de éste.

[839] En esa medida, la exposición histórica «From Status to Contracts» (Maine) se aplica, en el mejor de los casos, al derecho privado, aunque no al derecho público. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta distinción no adquiere su perfil moderno

al contrato social habían llevado a cabo una grandiosa tautología: la creación de obligatoriedad jurídica a partir de la suposición de la obligatoriedad jurídica de los contratos[840].

Resulta notable que los dos acoplamientos (el relativo a la propiedad-contrato y el relativo a la Constitución), se remitan al sistema de derecho -que, de esta manera, contribuye a la diferenciación entre sistema económico y sistema político. No será sino hasta el siglo XX cuando se haga patente que existen también acoplamientos estructurales entre los sistemas económico y político. Uno puede verlos en la institución del Banco Central -que todavía alrededor de 1800 se oculta por la producción de dinero debida a la concesión de créditos estatales, y por los impuestos -que hacen posible un condicionamiento político (esto es, no lucrativo) con consecuencias políticas sobre el circulante monetario. Sin embargo, este tema va más allá de la esfera de problemas que nos ocupa. Nos limitaremos, en consecuencia, a una exposición del acoplamiento estructural entre economía y derecho (III) y entre política y derecho (IV).

III

Al reaccionar a las necesidades e intereses de índole económica, el derecho se ocupa ya de la economía en un plano secundario. El derecho puede proporcionar -como hemos visto al ocuparnos de la llamada jurisprudencia de intereses[841]- un concepto propio para los «intereses», pero esto ocurre ya en el entramado de las operaciones propias. A través de ello, los intereses económicos se «homogeneizan», se les despoja de su importancia específicamente económica (por ejemplo, de su valor monetario), se les abstrae y se les convierte en intereses puros, por así decirlo, que después, en consonancia con el código jurídico, se dividirán en intereses legalmente protegidos e intereses legalmente desprotegidos. Esto supone que el sistema económico y el sistema del derecho se encuentran estructuralmente acoplados, en el sentido explicado más arriba, aunque no se aclara cómo. Mucho más que el concepto de derecho subjetivo[842], el concepto de interés indica que el sistema de derecho ha construido una estación hipersensible de recepción y de transformación de noticias provenientes de la economía -pero no nos dice nada acerca de los mecanismos con que se garantiza que una irritación recíproca en ambos sistemas pueda ser absorbida. Por lo tanto, una sociología del derecho que permanezca únicamente en el plano de la investigación al estudiar la influencia de los interés económicos en el derecho (o, al revés, la sujeción de los intereses económicos por medio del derecho),

sino en el curso del desarrollo que aquí hemos bosquejado. Al respecto, cfr. Gerhard Dilcher, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, Der Staat 27 (1988), pp.161-193.

840 Cfr. John Stuart Mill, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, 9a.ed., Londres 1875, vol.II, libro V, cap.VII,§2.

841 Véase Cap.8, VII y VIII.

842 Acerca de esta comparación, cfr. D. Neil MacCormick, Rights in Legislation, en P.M.S. Hacker/J. Raz (eds.), Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart, Oxford 1977, pp.189-209.

descuida la relación constitutiva entre economía y derecho y, sobre todo, desatiende las condiciones sociales de posibilidad de esta diferenciación[843].

El problema reside en la diferenciación y el acoplamiento de la autopoiesis de diferentes sistemas funcionales. El medio de comunicación simbólicamente generalizado del dinero constituye la condición determinante para la diferenciación de un sistema autopoiético autónomo de la economía[844]. Tan pronto puedan ser resueltas las transacciones en dinero y en tanto que esto ocurra, el carácter regularmente reutilizable del dinero -a diferencia de la escasa e irregular reutilizabilidad de las mercancías o de lo servicios- hace posible un entramado autopoiético que permite renunciar, por medio de pagos, a la capacidad de pago; o permite también su reproducción en otras manos. Independientemente de cuál haya sido la meta original de su creación, es sólo en este contexto de pago que el dinero posee un sentido comunicativo. A este respecto, es necesario que exista ya una escala suficientemente amplia de posibilidades de reutilización, i.e., una multitud de mercancías, de servicios y, en última instancia, de mercados para que valga la pena aceptar dinero. Los pagos en dinero constituyen, por lo tanto, también, una señal inequívocamente identificable de que se trata de una operación del sistema económico, independientemente de qué sea lo que, con carácter determinado, se pague con dinero. Todo aquello que siga su curso sin referencia al dinero no forma parte, en consecuencia, del sistema de la economía -desde la sudorosa excavación en el jardín propio hasta el lavado de platos de la cocina de la casa; excepto en el caso de que se haga esto con el fin de ahorrar gastos de personal o en aparatos.

Una economía diferenciada del dinero presenta elevadas -y esto sería lo decisivo- e *impagables* exigencias al derecho. Para que sea posible la economía en la forma de una autopoiesis propia, el derecho está obligado a llevar a cabo, de manera eficaz, su *propia* función; no la de la economía. En consecuencia, el derecho no puede ser parte de las mercancías que puedan comprarse, ni de los servicios que provea el sistema económico. De otra manera se incurriría, al utilizar el dinero, en un círculo vicioso consistente en que las condiciones de posibilidad de una transacción mediada por el dinero tendrían que ser objeto, ellas mismas, de comercio y de pago. Esta condición negativa -y, en tal medida, improbable- se efectúa gracias a los mecanismos del acoplamiento estructural, que deben ser compatibles con una separación de los sistemas y, en todo caso, compatibles con la propia clausura operativa del sistema. Las formas descubiertas para ello son propiedad y contrato.

---

[843] Tales investigaciones -cuyas posibilidades y éxito no han de ponerse en tela de juicio- se conforman con el obscuro concepto de una «autonomía relativa» que corta de tajo todas las dudas teóricas que pudieran surgir. Véase Richard Lempert, The Autonomy of the Law: Two Visions Compared, en Gunther Teubner (ed.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlín 1988, pp.152-190, y véase también más arriba, Cap.2,IV. De ser esto una presuposición necesaria de la investigación empírica, ello mismo establece su esterilidad teórica. Porque cualquier grado de dependencia o de independencia puede ser considerado «relativo», esto es, el concepto no excluye absolutamente nada.

[844] Para mayor detalle, véase Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Francfort 1988.

Tanto en el sistema económico como en el del derecho existen condiciones mínimas para la autopoiesis, en relación a las cuales es necesario que superen en duración todo cambio de estructuras (por ejemplo, los precios), si es que la reproducción autopoiética ha de seguir teniendo lugar. Se trata aquí, sin embargo, de condiciones fácticas, no de condiciones normativas. En el sistema jurídico lo conforme a derecho y lo discrepante, que se excluyen mutuamente, deben ser diferenciables. En el sistema económico debe siempre determinarse quién tiene capacidad de disposición (y quién no) en relación a ciertos bienes -en el sentido más amplio de este término: lo que incluye dinero y servicios. De igual manera que el código del derecho trasciende (en cuanto condición de la condicionabilidad del sistema) todo programa, también la codificación de la economía constituye una exigencia que debe ser compatible con cualquier tipo de distribución de bienes: de otro modo, los bienes perderían su calidad de bienes. Es común designar esta suposición de condicionabilidad económica como «propiedad»; o, mejor, en vista de sus connotaciones más amplias: como *property* en inglés. La propiedad es una forma de observación de los objetos con base en una distinción específica -precisamente con base en la distinción de diferentes propietarios, ya sea que esto pueda significar dominio sobre las cosas, posibilidad de disposición o cualquier otra cosa. Por lo demás, el sentido de la propiedad reside en la *interrupción de las exigencias del consenso*. Determinados resultados positivos de la comunicación dependen de la aquiescencia del propietario *y de nadie más*. La determinación del ámbito así especificado de comunicación se efectúa por medio del contenido del derecho de propiedad y, nuevamente: o bien por referencia a determinados objetos, o bien de otra manera. Lo decisivo aquí está, formulándolo desde la perspectiva de la teoría de sistemas, en la ruptura de la simetría. Una exigencia de la *distinción* de propietarios es la prohibición del despojo violento y de que, en todo caso, esto se encuentre sancionado por el derecho[845]. Esto no determina sin más, sin embargo, la estipulación de un concepto de derecho determinado. El esquema de observación de la propiedad permite, más bien, tanto en el sistema de derecho como en el sistema económico, que se constituyan formas diversas: precisamente esta diversidad de formas del esquema de observación es lo que resulta conveniente en el acoplamiento estructural entre economía y derecho. La codificación del sistema económico constituye los valores específicamente propios de este sistema y lo mantiene en funcionamiento, independientemente del problema de cuáles sean las restricciones que vinculen al sistema de derecho con el concepto de propiedad: independientemente de si se distingue, dentro del esquema clásico *persona-*

[845] Desde la Modernidad temprana esto es válido también para el caso, en sí construido de manera diversa, de una expropiación por interés público jurídicamente lícita, justificada, por ejemplo, a través de un dominium eminens. La construcción plantea aquí otras exigencias -que se encuentran cercanas a lo paradójico- en vista de que lo que aquí se presenta es una intervención avalada por el derecho. Por ésta, sin embargo, hay que pagar una compensación. La jurisprudencia del siglo XVII se ocupó de aclarar este caso -y también la obligación jurídica de compensación. Cfr. para mayor detalle Christoph Link, Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts, en Günther Birtsch (ed.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen 1987, pp.215-233 (221ss.)

res-actio (Digesto 1.5.1), o de si se hace con base en el esquema actual derecho de cosas-derecho de obligaciones -y de cómo ocurra lo uno o lo otro. La economía refuerza su código de propiedad simplemente aplicándolo: la imposibilidad de distinguir esa distinción tan sólo conduciría a que la economía no existiera.

Por lo tanto, con este significado doble, tanto interno en relación al sistema económico, como en relación al sistema del derecho, la propiedad sólo puede ser entendida adecuadamente como un mecanismo de acoplamiento estructural. Y «adecuadamente» quiere decir aquí: desde una perspectiva social global. El acoplamiento permite que las operaciones económicas propias sean eficaces como irritaciones del sistema de derecho y que las operaciones jurídicas propias lo sean como irritaciones del sistema económico. Esto no modifica en nada, sin embargo, el carácter de clausura de ambos sistemas. No altera en nada el hecho de que la economía busque ganancias o inversión rentable de capital bajo condiciones que el derecho ha complicado; y que el sistema de derecho busque la justicia o decisiones casuísticas suficientemente consistentes bajo condiciones que el sistema económico ha complicado. En realidad, ya en la teoría clásica del derecho natural, por ejemplo, en Locke, se afirma claramente que la propiedad hace injusto cualquier orden jurídico, pero que de ello se desprenden beneficios económicos.

La simple garantía de la propiedad no constituye, por lo tanto, por sí misma, un mecanismo que encauce la transición hacia un orden económico basado en el mercado («capitalista»[846]). La economía debe autotransformarse para proporcionar el material problemático y casuístico con el que el sistema de derecho se ha de confrontar e irritar.

Sin embargo, aun haciendo caso omiso de todo ello, la propiedad no es sino la distinción inicial. En todas las transacciones económicas debe distinguirse la situación de propiedad antes y después de la transacción. Ésta requiere una distinción de las distinciones y no, simplemente, un movimiento de objetos. A su vez, esta distinción de distinciones debe ser susceptible de una estabilización temporal, aunque (y precisamente porque) ella misma es una distinción temporal. Expresado de manera más simple: es necesario que se determine quién es (o quién no es) el propietario después de la transacción -y que con el paso del tiempo se conserve esta posibilidad; a diferencia de la cuestión de quién lo era antes y quién no. Esta exigencia tiene también un nombre jurídico: *contrato.* En la economía se habla de cambio. No existe una designación neutral desde el punto de vista de la teoría de los sistemas. Sin embargo, aquí se presenta también un mecanismo de acoplamiento estructural, ya que en el caso de que este carácter distinguible de las distinciones no funcionara los sistemas económico y jurídico se desplomarían extensamente: lo que quedaría sería tan sólo una propiedad restante no disponible.

La autopoiesis es una dinámica del sistema basada en operaciones; en este sentido, es estabilidad dinámica. El proceso de diferenciación no pudo, por lo tanto, surgir simplemente

---

[846] Al respecto, véase el artículo «Capitalism and the Constitution», en Forrest McDonald/Ellen Shapiro McDonald, Requium: Variations on Eighteenth-Century Themes, Lawrence, Kansas 1988, pp.183-194.

del aseguramiento de la posesión estamentaria (que era el interés predominante en las sociedades estratificadas), sino únicamente a través de la conexión recursiva de las transacciones; i.e., con ayuda del dinero. Esto tiene como consecuencia que la propiedad -que debe suponerse en todas las transacciones- sea, a su vez, valorada en términos de dinero. Por lo tanto, cuando se trata de la diferenciación de la economía domina el código secundario -que es diferente al código primario de la propiedad- y cada vez más la propiedad se valora desde el punto de vista de un posible aprovechamiento transaccional, esto es, de una fijación momentánea sin liquidez como capital invertido. Este desarrollo despoja a la propiedad de su sustento decisivo como forma de dominio político similar al dominio casero (oikético) y obliga al Estado (simultáneamente naciente) a adaptarse: cobrando impuestos[847].

Estas reflexiones desembocan en un análisis histórico-dinámico de los acoplamientos estructurales entre el sistema económico y el sistema de derecho y, por ello, también en una investigación histórico-jurídica. El derecho, con sus conceptos y programas propios, reacciona con indecisión a la diferenciación de un sistema económico basado en el dinero, entre otras cosas porque es él, también, hasta la conformación completa del Estado moderno, el responsable de dar cobertura a las funciones políticas de la propiedad[848]. Pero, ante todo: la propiedad del suelo sirve al aprovisionamiento estamentariamente diferenciado de bienes que resultan necesarios para vivir en los límites de lo indispensable. A ello corresponden situaciones jurídicas diferenciadas en relación a una misma porción de terreno[849]. Ya a fines del siglo XI tiene su inicio en Inglaterra un desarrollo particular que subordina la propiedad del suelo a los individuos: la registra por escrito y la convierte, en tanto que bloque jurídico, en algo que puede venderse. Este desarrollo se da todavía en el marco de un orden jurídico feudal y es legitimado por la propiedad superior del rey[850]. Es

---

[847] Cfr. Joseph Schumpeter, Die Krise des Steuerstaates (1918), nueva impresión en Aufsätze zur Soziologie, Tübingen 1953, pp.1-71. Aquí lo único que podemos hacer es sugerir otra vez que los impuestos logran el acoplamiento estructural entre el sistema de la economía y el sistema político.

[848] También esto, evidentemente, con medios propios, no como ejecución de ordenamientos políticos. De esta manera, se diferencia entre imperio y dominio. A estos dos conceptos -cada uno de los cuales posee una connotación jerárquica, esto es, que sólo operan de arriba hacia abajo y no fundamentan ninguna exigencia al *señor*- se opone un concepto del derecho libre de asimetrías jerárquicas y que expresa una relación de reciprocidad entre derechos y obligaciones. Por lo tanto, cuando se habla de dominio como derecho, esto significa, por una parte, una subsumción bajo un concepto más general, pero, al mismo tiempo, constituye, por la otra, un señalamiento de restricciones inmanentes al derecho que la disposición política puede (y precisamente: debe) ignorar con ayuda de los derechos de excepción, las facultades derogatorias, es decir, con base en una ratio status.

[849] Esto ocurre inclusive hasta ya muy avanzada la Época Moderna. Véase Renate Blicke, Hausnotdurft: Ein Fundamentalrecht in der altständischen Ordung Bayerns, en Günther Birtsch (ed.) op.cit., pp.42-64; de ella misma, Nahrung und Eigentum als Kategorien der ständischen Gesellschaft, en Winfried Schulze (ed.), Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität, Munich 1988, pp.73-93. Al mismo tiempo, sin embargo, se pone de manifiesto la irrupción de una necesidad de protección de los intereses de disposición.

[850] Para una exposición breve y novedosa del estado actual de la investigación, véase Carlo Rosetti, Diritto e mercato: Le origini del capitalismo moderno. Rassegna italiana de sociologia 33 (1992),pp.33-60. Con mayor detalle: Alan MacFarlane, The Origins of English Individualism, Oxford 1978, Palmer, op.cit. En relación al interés en la precisión conceptual -que no tiene lugar sino hasta el siglo XVII (¿A causa de la imprenta? ¿A causa de los intereses diferenciados de disposición?)- véase G.E.Aylmer, The Meaning and Definition of «property» in Seventeeth Century England, Past and Present 86 (1980),pp.87-97.

evidente que un poder real, fuerte e interesado en la implantación de impuestos y en la implantación de un control jurisdiccional constituye una condición necesaria para que un proceso de esa índole pueda darse. Pero también en la Europa Continental pueden observarse desarrollos similares, si bien más lentos y, de hecho, sin influencia directa del derecho romano[851]. Las adaptaciones y ajustes conceptuales se dan más tarde y en otras partes. No es sino hasta la Edad Media tardía, como es claro en Bartolus, que el rasgo de la *dispositio* se desliza en el concepto de propiedad, a la manera de un Caballo de Troya de la economía del dinero, transformándola por completo de dentro hacia afuera. Por más absurdo que esto pueda, en principio, parecer: el goce y el uso -en el sentido de *fruitio y usus*- de la propiedad pueden consistir precisamente en la renuncia a ellos.

En tanto el desarrollo del concepto jurídico civil de propiedad en dirección de una designabilidad y un dominio dispositivo de los propietarios individuales y la expansión de este derecho a la propiedad de la tierra requiere aproximadamente dos mil años, el carácter dramático de este proceso se puso de manifiesto, de manera mucho más drástica, en la centenaria época colonial del siglo XIX-XX. Las formas de *utilización del suelo*, con frecuencia sumamente dividido, avaladas por la costumbre y literalmente establecidas, pierden su legitimidad debido a la necesidad de nombrar a un propietario y conferirle una designación escrita cuando hay que regular los derechos de disposición, pero también cuando hay que regular las obligaciones fiscales y las posibilidades de crédito[852]. Esto ocurre ahora, con frecuencia, sin que haya intereses de aplicación concretos por parte del propietario, con la consecuencia de que los usufructuarios de la tierra del viejo tipo y de los tipos nuevos por venir son ahora *squatter* (sin protección jurídica) y, por lo tanto, sin nexos con la economía de dinero. Los acoplamientos estructurales, tal y como ahora se requieren, limitan y delimitan[853].

Observaciones semejantes pueden hacerse en lo que respecta a un desarrollo que podríamos designar como la *juridización* del contrato. A diferencia de otras formas de reciprocidad -tanto en las sociedades arcaicas como en el «clientelismo» moderno[854]-la desigualdad de los participantes en el contrato no se incluye en la valoración del servicio

[851] Cfr. Hans Hattenbauer, Die Entdeckung der Verfügungsmacht: Studien zur Geschichte der Grundstücksverfügung im deutschen Recht des Mittealters, Hamburgo 1969.

[852] Acerca del recurso a documentos -aunque eso no es aquí sino un fenómeno inmediato- cfr. Jack Goody, Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, trad. alem., Francfort 1990, en especial, pp.252ss.

[853] La cuestión de si, a partir de este desacoplamiento, se llega a órdenes jurídicos propios, no ligados al derecho estatal ha sido un tema muy discutido en relación a las favelas en las grandes ciudades brasileñas. Por lo menos en las condiciones actuales, una respuesta afirmativa a la misma es vista con buenos ojos. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, The Law of the Oppresed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada, Law and Society Review 12 (1977), pp.5-126; además, por ejemplo, Joaquim A. Falcao, Justica Legal, Florianopolis 1982; otros ensayos sobre el tema en el libro editado por él Conflito de Direito de Propriedade: Invasoes Urbanas, Rio de Janeiro 1984. Acerca de las realidades, véase el informe Brasil de Amnesty International, Londres 1990.

[854] Véase, por ejemplo, Luigi Graziano, Clientelismo e sistema politico: Il caso d'Italia, Milán 1984; ShmuelN. Eisenstadt/Luis Roniger, Patrons, Clients and Friends: Interpersonal Relations and the Structure of Trust in Society, Cambridge Ingl. 1984.

[Leistungsbewertung]. La validez jurídica del contrato es independiente de ello y, por esta misma razón, el contrato resulta apropiado como mecanismo de acoplamiento estructural.

El contrato constituye uno de los logros más significativos de la historia social. Sin contratos, la economía no podría diferenciarse en empresas, por ejemplo, y, por lo tanto, tampoco podría ser tratada de manera económicamente racional[855]. Pero, ¿a qué se refiere todo esto? ¿Qué tipo de logro es este?

Con el tiempo, los contratos estabilizan una *diferencia específica* mediante *la indiferencia* frente a todo lo demás, incluyendo la afectabilidad de las personas y los negocios no participantes en el contrato. Éste es el beneficio formal del contrato, su relación específica de observación: producción de indiferencia a través de la misma diferencia; diferencia que hace la diferencia, por tanto: información.[856]

Los tribunales ejercen vigilancia sobre este efecto generador de indiferencia, y esta es, ante todo, la razón por la que al sistema jurídico le resulta tan difícil liberar el contrato en tanto no entren en juego instrumentos disciplinarios (léase: el mercado.)

Independientemente de lo que pueda saberse acerca del derecho de tránsito en el antiguo Oriente e independientemente de la opinión que éste pueda merecernos, los contratos sinalagmáticos, como se les conoce, son el resultado de una evolución de más de dos mil años del derecho civil romano y, como ahora se ve, una de las ideas más complejas que los juristas han sido capaces de producir. Lo que resulta notable, sobre todo, es el desplazamiento del problema del contrato de compra de un contexto jurídico relativo a cosas (transferencia de propiedad con una protección contra la intervención de terceros) a un contexto jurídico de obligaciones. El problema a este respecto consiste en la detección de las perturbaciones y de sus secuelas y en la distribución de todas ellas con ayuda de una construcción jurídica que, en ocasiones, puede ser retrospectivamente entendida como contrato. El concepto de contrato adquiere, con ello, importancia desde el punto de vista de una de las causales del surgimiento de las obligaciones. Teorías contractuales plenamente desarrolladas siguen considerando así al sistema, en este punto.[857]

Se trataba, entonces, de dar curso, de manera equitativa y en consonancia con las expectativas comunes en lo que se refiere al comportamiento de los participantes, a las deficiencias en el servicio prestado, en las relaciones de reciprocidad[858]. No existe, por lo tanto, en principio, ningún concepto general de contrato, sino únicamente el problema de determinar a qué deficiencias, en relación al servicio prestado, hay que atribuir responsabilidad en una demanda derivada del contrato; i.e., sobre qué deficiencias debe construirse la responsabilidad jurídico-material como fundamento de la decisión. No hay en

---

[855] Cfr. Dirk Baecker, Die Form des Unternehmens, Habilitationsschrift, Bielefeld 1992, Ms.pp.193ss.

[856] Un jurista experimentado añadiría aquí: con la esperanza de que también los tribunales lo vean de este modo.

[857] Cfr., por ejemplo, la exposición de Robert-Joseph Pothier, Traité des Obligations (1761), cit. según Oeuvres vol.2, 3ª ed., París 1890, Cap.I, sec.I.1., que fue determinante para la formulación del Code civil y que también influyó en la Common Law.

[858] En relación a la Common Law todavía del siglo XVIII, Peter Gabel/Jay M. Feinman, Contract Law, en David Kairys, The Politics of Law: A Progressive Critique, N.Y. 1982, pp.172-184 (173ss.) Los autores subrayan lo poco que esto corresponde a las exigencias del desarrollo económico.

el antiguo derecho griego[859] ni en el romano un reconocimiento jurídico general de los acuerdos tomados de manera informal (*nudum pactum*).[860] En realidad, antes del descubrimiento romano de un contrato de compra con validez civil y jurídica, no existe ni siquiera una demanda derivada del incumplimiento de un contrato de venta[861]. Más allá de la Edad Media, el derecho contractual continúa siendo un concepto comprensivo en lo que respecta a las fórmulas de demanda y a los tipos de contrato, que en cada caso tienen nombres propios y que se tratan de acuerdo con sus condiciones particulares. *Causa* no es sino otra designación de eso mismo. El contrato es una *conventio nomen habens a iure civili vel causa.*[862] La adaptación moderna del derecho contractual a las cambiantes relaciones económicas se lleva a cabo, por lo tanto, en la forma de una modificación de la idea de causa en dirección al propósito contractual y a la voluntad vinculatoria correspondiente por parte de los contratantes. Hasta que, finalmente, en el derecho común germánico lo que importa es solamente la declaración de la voluntad y los motivos de los contratantes. Definido de un modo extremadamente formal, el contrato no es ahora otra cosa que aquello en lo que coincide la voluntad declarada de los contratantes[863].

Este desarrollo encontrará su conclusión apenas en el siglo XIX. Puede observarse entonces que los tribunales renuncian, con bastante oposición, a los instrumentos técnico-conceptuales con los que pueden imponer su juicio en relación a un desarrollo justo de las perturbaciones contractuales. Los substituyen, finalmente, por una interpretación de la voluntad de los contratantes a partir de sus hipotéticos intereses. El fundamento jurídico para este desarrollo total que tiene su origen en el derecho canónico y desemboca en el carácter demandable del contrato consensual -aunque nunca del mero *nudum pactum* como declaración coincidente- es, en última instancia la regla general del «derecho natural»: uno tiene que hacer honor a su palabra (*fides*).

El desarrollo correspondiente transcurre con menos consecuencia en la *Common Law*. En realidad, una de las más notables evidencias del carácter independiente de la revolución del derecho la encontramos en la circunstancia de que un territorio como el Imperio Alemán,

---

[859] Al respecto, en detalle y en oposición a una vieja y ampliamente difundida corriente de opinión Pringsheim op.cit. pp.13ss. Sin duda, subsisten tanto una evolución orientada a formas más fácilmente manejables, como una tendencia -que se impone con lentitud- a sustituir testigos, como condición de validez, por la forma escrita.

[860] O más exactamente: acuerdos sin forma pueden modificar contratos existentes, pero no pueden fundamentar obligaciones contractuales.

[861] Véase Fritz Pringsheim, Gegen de Annahme von «Vorstufen» des konsensualen Kaufes im hellenistischen Recht, en sus Gesammelte Abhandlungen, vol.2, Heidelberg 1961,pp.373-381; de él mismo, L'origine des contrats consensuels, op.cit. pp-179-193. Una razón que explica este desarrollo tardío puede ser el hecho de que los negocios de evasión constituían algo disponible: se podía convertir de inmediato un precio de compra en un préstamo -sujeto posiblemente a tasas de interés.

[862] De acuerdo con Pothier op.cit., quien rechaza esta concepción de causa.

[863] Obsérvese que también el derecho romano -presumiblemente muy temprano, es decir, en la época de la última República- determina el contrato de una manera excesivamente formal, aunque sirviéndose de una distinción completamente diversa, a saber: la distinción entre contrahere y solvere. Los Digestos citan a Pomponio en el libro quarto ad Quintum Mucium: «Proutquidque contractum est, ita et solvi debet» (D46.3.80) Nótese aquí el «proutquidque». Sin embargo, esta abstracción resulta compatible con una limitación de la dimisión de tipos de contrato y con las inseguridades existentes acerca de la voluntad expresa de los contratantes.

atrasado desde el punto de vista económico, extrae de todo ello consecuencias mucho más radicales que Inglaterra -más avanzada en lo que se refiere al mercado y al comercio. Esto se explica, sobre todo, debido a que las verdaderas restricciones a la libertad no se encuentran en la ausencia de instrumentos jurídicos privados, sino en las reglamentaciones de autoridad del tráfico de parcelas, de la producción de mercancías, del comercio y del derecho de servicios. En Alemania se auxilia uno, en primer lugar, por lo tanto, con una prudente generalización de los privilegios[864]. La demolición de tales restricciones tiene lugar, antes que en la Europa Continental, en Inglaterra[865]. Así, las diferencias del derecho contractual privado apenas si se manifiestan al principio. Tal vez eso se haya debido, en lo que se refiere a la *Common Law*, a la poderosa posición de los juzgados que intentan preservar sus instrumentos de control tradicionales, pero, sin duda, también a la escasa importancia de los estudios universitarios y a la escasa tradición de los libros de texto.

Aquí tiene también su inicio el desarrollo del contrato como institución jurídica, de manera paralela a su desarrollo comercial en la Edad Media y, más precisamente, de tal modo que los problemas de transgresión del derecho se trasladan a un derecho contractual dotado de derechos de demanda[866]. A finales del siglo XVI, con la doctrina de la *consideration*, se introduce en el derecho contractual un factor relativo a los motivos, a saber: la promesa vinculatoria en consideración de un equivalente ya previsto o esperado[867]. Todavía Hume, distanciado claramente de la conceptuación de la jurisprudencia y representante de una avanzada concepción del contrato en el contexto de un desarrollo histórico de la sociedad, considera necesario, por razones psicológico-

---

[864] Véase al respecto Diethelm Klippel, «libertas commerciorum» und «Vermögens-gesellschaft»: Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert, en Günther Birtsch (ed.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- un Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848, Göttingen 1981, pp.313-335.

[865] Gerald Sourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungstaates, Viena 1989, pp.31ss., hace una paráfrasis de esto sirviéndose del afortunado concepto de «fundamentalización» -a diferencia del concepto jurídicamente demasiado técnico de «constitucionalización»- de los derechos individuales en la Common Law, que tendría como consecuencia que una intervención no sólo fuera contraria al derecho, sino que tuviera, también, políticamente, un valor de atención. Cfr. Dieter Grimm, Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit: Eine vergleichende Skizze, en su obra, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Francfort 1987, pp.165-191.

[866] Uno puede inferir esto de la historia de la action of assumpsit. Para la discusión acerca del momento o la duración del desarrollo, cfr. William M.McGovern, The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages, California Law Review 59 (1971),pp.1145-1193.

[867] Con todo detalle al respecto: A.W.B. Simpson, A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit, Oxford 1975, nueva ed. 1987, especialmente pp.316ss. En el derecho contemporáneo se entiende por «consideration» la totalidad de las condiciones que hacen obligatoria una promesa. El concepto es, pues, susceptible de una extensión debido a las nuevas opiniones que toman como punto de referencia casos particulares. Cfr. Melvin Aron Eisenberg, The Principles of Consideration, Cornell Law Review 67 (1982), pp.640-665. Para la comparación con el desarrollo en Europa Continental y, en particular, con la doctrina de la causa, véase sobre todo Max Reibstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht, Berlín 1932; Eike von Hippel, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht: Ein Beitrag zur Considerationslehre, Franckfort 1963. El fundamento de este teoría debe buscarse sobre todo en la tradicional desconfianza de los juristas en relación a las donaciones.

epistemológicas, que «that delivery, or a sensible transference of the object is commonly required by civil laws, and also by the laws of nature».[868] No es sino hasta principios del siglo XIX que se reconocen también en Inglaterra los contratos enteramente orientados al futuro, no prejuiciados por ningún tipo de hechos consumados y que se apoyan exclusivamente en la voluntad de los contratantes[869]. Sólo entonces se adopta también en Inglaterra el instituto jurídico-constructivo de las antiguas teorías contractuales del derecho de acción: el que un contrato surja debido a dos declaraciones de voluntad coincidentes, por oferta y aceptación[870]. Es sólo entonces, en sentido estricto, que hay contratos *obligatorios a futuro*; contratos que tienen también efectos jurídicos a pesar de que ninguno de los contratantes haya de alguna manera estado dispuesto, esto es, haya confiado en el contrato. Sólo entonces la *law of contract* se convierte en un tema comprensivo, en un posible objeto de análisis en los libros de texto[871].

Con la institucionalización de la libertad contractual el acoplamiento estructural de la economía y el derecho adquiere su forma moderna, para no decir perfecta. La economía puede arreglar transacciones sin tener que considerar para ello una estrecha red de posibles tipos contractuales[872]; puede concentrarse en la observación o en la evasión de las prohibiciones cuando aparezcan los problemas jurídicos. Inversamente, el sistema jurídico se hace de las libertades respectivas para la continuación de la propia autopoiesis. Adquiere la libertad de interpretar retrospectivamente la voluntad de los contratantes, de tener implicaciones relativas a lo no explícitamente pensado en el sentido del contrato[873], de incorporar elementos contractuales acerca de la «interpretación complementaria» o de incorporarlos como transgresión de las «buenas costumbres» (§§.157,138, BGB); lo mismo que a codificar los resultados de este tipo de práctica en los tribunales mediante reglamentaciones apegadas a los casos, por ejemplo, en el conjunto de anotaciones al §

---

868 David Hume, A Treatise of Human Nature, Libro III, Part.II, Sec.IV, cit. siguiendo la edición de Everyman's Library, Londres 1956,vol.II,p.218.

869 Véase Philip A. Hamburger, The Development of the Ninteenth-Century Consensus Theory of Contract, Law and History Review 7 (1989),pp.241-329, que es, por lo demás, también una buena exposición de una evolución condicionada por problemas internos y no por exigencias de adaptación externa.

870 Véase Patrick S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979, particularmente pp.419ss.

871 Cfr., para el caso de Norteamérica, Lawrence M. Friedman, Contract Law in America: A Social and Economic Case Study, Madison Wisc. 1965, pp.17ss.

872 Los sociólogos del derecho gustan de elaborar este lado de las omisiones del derecho. Véase Stewart Macauley, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review 28 (1963),pp.55-67.

873 Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System, Homewook Ill, 1968, p.35 presenta para ello el ejemplo de que es responsabilidad del empresario, de acuerdo con el sentido del contrato de trabajo, el control de riesgo en relación a daños que pueden causarse entre sí los trabajadores durante el trabajo, aun cuando esto no se haya pactado explícitamente (desarrollo del derecho en los EU y en Inglaterra en el siglo XIX.)

242 BGB. De este modo, puede rescatarse en gran medida el control que se había perdido con la concesión de la «libertad contractual». Esta solución ha enfrentado con éxito su prueba de fuego en las crisis económicas ocurridas después de la Primera Guerra Mundial. En gran medida, los juzgados adaptaron los contratos a las condiciones del momento -por ejemplo, equiparando el concepto de «imposibilidad económica» y el de «imposibilidad de la prestación»[874]. Desde la perspectiva del sistema del derecho, entonces, el contrato persiste como una forma para el surgimiento de obligaciones que, en caso de conflicto, deben ser examinadas con posterioridad. Entretanto el sistema económico modifica su propio estado a través de transacciones, con consecuencias que, de hecho, resultan prácticamente incontrolables (para no hablar de que pudieran ser «dirigidas») por medio del derecho.

Entre los acoplamientos estructurales más notables (que resultan casi inadvertidamente en conexión con la institucionalización de la propiedad y de la libertad contractual) entre el sistema de derecho y el sistema económico, encontramos una importante excepción en el *derecho de garantía* por daños producidos intencionalmente -un privilegio jurídico rico en consecuencias que permite daños intencionales por parte de otros, con tal de que ocurran en el marco de la competencia económica. Alguien puede comenzar, por su cuenta, la producción de alguna cosa (abrir un negocio), a pesar de saber o dar por sentado que a causa de ello otros tendrán que sufrir pérdidas en sus ingresos o inclusive verse obligados a cerrar su empresa. Y todo esto, a pesar de que - en el marco del § 823 del BGB- se reconoce el derecho a la conformación de una empresa lucrativa. Este privilegio relativo al daño de otros se concede en vista de que el sistema económico se basa en la competencia y, sin ésta (por lo menos eso es lo que se supone), no se obtendrían los mismos resultados positivos. Por lo demás, este ejemplo muestra la diversidad de las formas en las que este hecho se pone de manifiesto en el sistema del derecho y en el de la economía. Para los juristas resulta difícil su comprensión, puesto que se trata de un principio que se encuentra casi a la par de instituciones como la propiedad y el contrato, mientras que, por el contrario, en la economía es precisamente la competencia la que es considerada como la estructura fundamental.

El hecho de que el acoplamiento estructural divida lo mismo que vincule se pone de manifiesto, también, cuando se atiende el diferente manejo que se hace de la relación entre propiedad y contrato en los sistemas económico y jurídico. En el sistema económico, el valor de la propiedad bajo las condiciones de una economía de dinero consiste, en gran medida -de manera casi exclusiva en el caso de la teoría económica- en la utilización de *transacciones.* Valor es igual a valor de cambio. Por el contrario, los juristas están acostumbrados a considerar separadamente las demandas jurídicas derivadas de la

---

[874] Al respecto y en el contexto de las tendencias generales hacia un desarrollo no susceptible de cálculo de las fórmulas de fundamentación de los jueces: Josef Esser, Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, Etudes de Logique Juridique 6 (1976),pp.53-77 (68ss.)

propiedad y las derivadas del contrato. El abandono de esta división habría de revolucionar el *derecho civil*. Por supuesto, uno puede plantearse el problema de si el *derecho constitucional* deba servirse también de esta división al interpretar la defensa de la propiedad o si no sería más conveniente una mayor apertura de frente a las realidades económicas -independientemente de sus consecuencias jurídicas[875]. Como sea, la división de los sistemas impide una transposición automática de la óptica económica en el derecho (a pesar de todas las teorías acerca del «análisis económico del derecho») y, en todo caso, se puede preguntar si una división rigurosa de las demandas de propiedad y de las contractuales no constituye otra cosa que una tradición en el sistema jurídico y que se conserva solamente debido a la poca claridad existente en lo que se refiere a las consecuencias que tendría su modificación; o si más bien, como ha ocurrido hasta ahora, existen buenas razones jurídicas para conservar esa división rigurosa.

Una razón para llevar a cabo esta división podría encontrarse en la circunstancia de que, en tanto que fuente de *exigencias* jurídicamente válidas, el contrato otorga poder a la *voluntad privada* en lo que se refiere a la movilización de la autoridad política. Ésta debe estar disponible cuando se trate de imponer las exigencias del contrato, a pesar de no haber sido partícipe en la transacción. La audacia de esta forma no se descubre cabalmente sino cuando se entiende que, con ello, el sistema jurídico y también, en lo relativo a la aplicación de violencia física, el sistema político se encuentran condicionados por la *voluntad privada*, es decir, por la economía. El símbolo *validez jurídica*, cuya utilización modifica el estado del sistema jurídico mismo obligando también al sistema político a proporcionar una cobertura, está abierto, por esta razón, a condicionamientos que, en lo que se refiere a sus motivos, no son objeto de control por parte del derecho. Como consecuencia de todo ello se tiene un inmenso incremento de la variedad del sistema, lo mismo que una correspondiente elevación estadísticamente comprensible de procesos en el derecho civil[876]. Los juzgados tienen todavía la última palabra, cuando se trata de decidir si un contrato ha sido realizado (o no) de manera que tenga efectos jurídicos. La apertura del sistema descansa en su *clausura operativa*. Ésta es un resultado de la extensión del acoplamiento estructural entre los sistemas económico y jurídico, concretamente, como muestra la historia -a la que antes hemos aludido-, a través de un

---

[875] El BVG [Suprema Corte], en su dictamen del 18.12.1985 (Arbeit und Recht 24 (1986),p.157) ha rechazado el derecho empresarial a fijar la jornada de trabajo con base en el art. 14 de la GG [Constitución], puesto que aquél se desprende de un contrato, no de una propiedad. Cfr. Rupert Scholz, Verdeckt Verfassungsneues zur Mitbestimmung? Neue Juristische Wochenschrift 39 (1986) pp.1587-1591, con una postura crítica; Dieter Suhr, Organisierte Ausübung mediatisierter Grundrechte im Unternehmen, Arbeit und Recht 26 (1988) pp.65-77.

[876] Cfr. Christian Wollschläger, Zivilprozess-Statistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822-1915, en Klaus Luig/Detlef Liebs (eds.), Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition: Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker, Ebelsbach 1980, pp.371-397. Desde entonces la situación es mucho más insegura en lo que respecta a esta investigación, particularmente en lo relativo a perspectivas a largo plazo, y seguramente otras variables, como, por ejemplo, la solución de conflictos fuera de los tribunales, han modificado la idea que tenemos de todo ello.

estilo de funcionamiento extremadamente precavido que no cede de inmediato ante la presión de los problemas, sino que, en primer término y con ligeras variaciones, reune experiencias en el propio sistema. A pesar de ello, los efectos de esta reestructuración del concepto de propiedad y del derecho contractual son inmensos. Es posible, además, que una de sus consecuencias más importantes sea el hecho de que el Estado regulador -que reacciona apoyándose en la democracia- se encuentre obligado a dar a sus intervenciones la problemática forma (por ser indirecta) de una restricción de los *usos de la propiedad* y de la *libertad contractual*.

Específicamente, la consideración del *sistema político* como *sistema funcional* adicional muestra que este sistema está afectado en gran medida por la forma del acoplamiento estructural entre los sistemas económico y jurídico. Concretamente, esto ocurre debido a que el condicionamiento político de un circulante considerable de dinero (concepto clave: impuestos) y de la legislación constituyen instrumentos políticos decisivos; de hecho, los únicos que tienen efecto sobre los detalles imponderables[877]. Esto no constituía un gran problema en la Edad Media, porque el *dominium* equivalía al dominio político y, en esa medida, no se diferenciaba de la *iurisdictio*. Como reacción a la liberación política de la propiedad, el siglo XVIII había acuñado dos conceptos diferentes que pretendían adecuarse satisfactoriamente a las nuevas relaciones: (1) la determinación *material* de la *violencia política* «despótica» como una administración racional y, por ello, limitada de la propiedad de parte de los *fisiócratas*; y (2) la teoría de la representación política popular -vinculada a la propiedad- en la Gran Bretaña y, de manera aún más clara, en Norteamérica[878]. Durante un momento histórico de corta duración -en el que surge el concepto moderno de Constitución- pareció como si la política hubiera podido limitarse a la observación y, en su caso, a la corrección de las relaciones entre derecho y economía. Pero, después, la abierta y mutua irritación de los sistemas jurídico y económico ejerce una atracción irresistible sobre el sistema político. No es sino hasta mediados del siglo XIX cuando se pone en circulación la fórmula *freedom (o liberty) of the contract*[879], mientras que anteriormente tan sólo se había discutido acerca del efecto vinculante de las declaraciones contractuales. El nuevo concepto parece haber sido inventado como defensa frente a las intervenciones

---

[877] Uno puede tener un control empírico de esto por casos en los que estos supuestos no están dados o no lo están en la misma medida -por ejemplo, en China. Cfr. Li Hanlin, Die Grundstrukturen der chinesischen Gesellschaft, Opladen 1991.

[878] A pesar de todo el énfasis con el que se representa la soberanía popular, es claro que la palabra people se refiere exclusivamente a propietarios adultos masculinos con un ingreso digno de mención. Representation of the property of the people, se dice en James Burgh (Political Disquisitions, 3vols., Londres 1774-5, vol.3,p.272), concediendo, como por descuido, la verdad.

[879] En Inglaterra un poco antes, con un punto máximo alrededor de 1870 (cfr. Atiya, op.cit., especialmente, pp.383ss.); en los EU apenas hacia final de siglo.

estatales, en particular en el derecho laboral y en el derecho de los cárteles[880]. El acoplamiento estructural entre el sistema jurídico y el económico se convierte en un medio para el medio del poder político, es decir en un acoplamiento laxo (loose coupling) de posibilidades a las que se puede dar formas políticamente aceptables a través de decisiones colectivamente vinculantes. En aras de los efectos políticos esperados, el uso de la propiedad y la libertad contractual son objeto de una restricción jurídica cada vez más estrecha. El sistema político experimenta desde tiempo atrás en los límites de esta posibilidad: qué tan lejos puedan llevarse a cabo estas intervenciones sin que la autopoiesis de cada un de esos sistemas, esto es, la fuerza autorregenerativa del dinero y del derecho se vea en peligro. Por lo demás, la moraleja -en el ínterin suficientemente clara- que de todo ello se desprende es que los efectos alcanzables de esta manera no corresponden nunca a las intenciones políticas, en vista de que son determinados siempre por el modo operativo autorreferencial y por la determinación estructural de los sistemas afectados. Sin embargo, esto parece decirnos poco acerca de la autopoiesis del sistema político, porque, para ésta, lo que importa es la comunicación colectivamente vinculante de las intenciones de intervención y no los efectos de hecho que mucho más tarde tendrán o no lugar.

IV

La conformación de los derechos de propiedad y de la libertad contractual podía hacerse cargo únicamente de una parte de los problemas de una sociedad que se modernizaba, podía proporcionar irritaciones solamente en el ámbito de lo que después se llamará derecho privado. La relación entre el sistema político y el sistema jurídico plantea problemas completamente distintos. En consonancia con ello y una vez que se ha impuesto el Estado territorial moderno, se empieza a distinguir -mucho más claramente que antes-, entre derecho privado y derecho público[881]. La índole enteramente distinta de la situación del sistema político en relación al derecho, puede haber residido, en primer lugar, en la circunstancia de que, posiblemente, la diferenciación estamentaria y estratificatoria restringió mucho más que la economía los desarrollos políticos, a pesar de todos los despojos políticos de que se hizo objeto a los estamentos. Mientras que en la economía predominaban las relaciones agrarias, la nobleza continúa siendo políticamente

[880] Al respecto, el notable artículo -notable también como documento histórico- de Roscoe Pound, Liberty of Contract, Yale Law Review 18 (1909), pp.454-487.

[881] Morton J.Horwitz, The History of the public/privat distinction, University of Pennsylvania Law Review 130 (1982),pp.1423-1428, demuestra que esta distinción tiene mucho que ver con la diferencia entre sistema jurídico y sistema político, pero que, en tanto que división de ámbitos jurídicos, no puede hacer justicia a esa diferencia. En relación al desarrollo en Alemania, cfr. Rudolf Hoke, Die Emazipation der deutschen Staatsrechtswissenschaft von der Zivilistik im 17. Jahrhundert, Der Staat 15 (1976),pp.211-230; Dieter Wyduckel, Ius Publicum: Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlín 1984, en esp. pp.131ss.; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts, vol.I, Munich 1988.

imprescindible para la organización del trabajo en el campo y la creación de valor. La economía de bienes y, enlazada con ella, la jurisdiccionalidad se extienden por toda Europa, con excepción de Escandinavia desde el siglo XI. Para la economía monetaria podía resultar menos importante quién llevara a cabo esta función. Pero, desde el punto de vista político, no se podía pasar por alto esta posición de la nobleza, independientemente de que esta función fuera ejercida personalmente o fuera ejercida por sus representantes. Sin embargo, las relaciones difieren considerablemente en los diferentes países europeos -entre otras cosas, debido al diverso grado de comercialización, de la formación de capital y del endeudamiento público. En condiciones más avanzadas, uno hubiera podido pensar en constituciones representativas que otorgaran influencia a los propietarios en cuanto tales. En Alemania, las consideraciones mutuas entre la casa dominante y los estamentos eran más o menos algo inevitable[882].

Desde el siglo XVI se pone de manifiesto una serie de desarrollos que no sólo plantean problemas financieros para la nobleza -haciéndola dependiente de la política-, sino que también, con la ayuda de un «Estado» construido de manera lateral, escapan a todo orden estratificado. Tales desarrollos se apoyaban en la unidad semántica de política, derecho y sociedad (abordada en el capítulo anterior), aunque sin impedir el inicio de nuevas formas de diferenciación en dominios funcionales. El resultado de todo ello es que, en última instancia, el «Estado» aparece como el portador del acoplamiento estructural entre los sistemas político y jurídico -por supuesto, con la condición especial de que el Estado adquiera una Constitución que permita que el derecho positivo se convierta en un medio de conformación política, así como que el derecho constitucional devenga un instrumento jurídico para la implantación de una disciplina política. Esta forma del acoplamiento a través del Estado constitucional hace posible *en ambos lados*, (en el sistema político y en el sistema jurídico), la *realización de grados de libertad superiores, así como una notable aceleración de la dinámica propia de cada uno de esos sistemas*.

No será sino hasta finales del siglo XVIII, en la periferia de Europa, en los estados de Norteamérica, cuando se invente la forma que garantice, de manera enteramente novedosa, un acoplamiento estructural entre los sistemas jurídico y político, a saber: lo que desde entonces se conoce como *Constitución*[883]. Las constituciones existen como logros reales -en oposición al mero texto- cuando se logra limitar la influencia recíproca entre derecho y política mediante los canales previstos en la Constitución del Estado y cuando se logra elevar las posibilidades en el marco de estos acoplamientos. Puede observarse, entonces, en esta forma del acoplamiento estructural, que otras posibilidades son efectivamente excluidas. «Otras posibilidades» significa concretamente, por ejemplo:

---

[882] Cfr. Gerhard Dilcher, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, Der Staat 17 (1988), pp.161-193.

[883] Más sobre este punto en Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechthistorisches Journal 9 (1990), pp.176-220.

utilización de posiciones jurídicas en la economía (riqueza, control jurídico sobre oportunidades de importancia política) para la obtención de poder político[884]; el terror político; la corrupción política. En tanto que el sistema político, por una parte, y el sistema jurídico, por otra, se encuentren vinculados a través del poder «privado» de la presión, el terror y la corrupción, ninguno de los dos -si es que es posible, en absoluto diferenciarlos- puede adquirir un grado alto de complejidad. A través de las constituciones se alcanza, entonces, debido a la *limitación* de las zonas de contacto en ambas partes, un *inmenso incremento* de recíproca irritabilidad -mayores posibilidades por parte del sistema jurídico de registrar decisiones políticas en forma jurídica, aunque, asimismo, mayores posibilidades de parte de la política de servirse del derecho para llevar a la práctica sus objetivos. El problema es, entonces, de ambos lados, la determinación de cuáles son las formas estructurales con las que ha de superarse un incremento tan drástico de la variedad. Así, prácticamente podemos afirmar que la democracia es una consecuencia de la transformación del derecho en algo positivo y de las posibilidades concomitantes de modificar a éste a cada momento.

Pero, por supuesto, no fue éste el motivo del descubrimiento de ese mecanismo que, desde el último tercio del siglo XVIII, conocemos como Constitución. No se hubiera querido ni podido planear esto. El descubrimiento evolutivo que lleva este nombre y que asume la función del acoplamiento se debe a una situación histórica determinada y, de manera no causal, también a las condiciones políticas de la periferia norteamericana[885]. Lo que estaba en juego en la situación postrevolucionaria de esta región no era solamente -y no lo era ni siquiera en primera línea- un derecho fundamentalmente nuevo, ni algún tipo de innovaciones jurídicas. El material normativo ya existía, la referencia al derecho natural era supuesta como algo ya dado. Más bien, se trataba de eliminar el vacío surgido con la independencia de la Corona inglesa. En general, los estados soberanos debían ser, en primer lugar, creados a nivel de estados individuales y, sólo al final, a nivel nacional. Una Constitución establecida por escrito era el instrumento adecuado, suficiente e inmediatamente eficaz. En comparación con el desarrollo de dos milenios del derecho civil, esta mutación tiene lugar de improviso y en la forma de una innovación conceptual. Es verdad que, de su lado, el concepto de *constitution* tiene raíces históricas. En parte designaba la constitución -sana o enferma- de un cuerpo individual o político; en parte,

---

[884] Tratándose de un tema de un contenido tan conflictivo, debemos pedir al lector una mayor atención. Por supuesto, no puede ni debe excluirse que las posiciones jurídicas constituyan un factor en el cálculo político; tan sólo piénsese en la posibilidad jurídicamente garantizada de trasladar centros de producción -y con ellos puestos de trabajo- al extranjero. Lo que debe ser excluido por la Constitución -en tanto forma de acoplamiento estructural- es únicamente que esta posibilidad pueda ser utilizada como fundamento para la conformación de poder político con el que después puedan perseguirse fines enteramente distintos, esto es, que, en general, pueda hacerse política con ello.

[885] También los importantes logros semánticos y estructurales de las colonial charters pueden explicarse con base en una diferencia centro/periferia. Cfr., por ejemplo, Donald S. Lutz, The Origins of American Constitutionalism, Baton Rouge, Lousiana, 1988.

edictos imperiales, decretos principescos, estatutos, ordenaciones, etc., a los que se asignaba fuerza legal. Sin embargo, las terminologías política y jurídica se desarrollaron paralelamente y sólo en Inglaterra se convirtió en una costumbre hablar de *constitution* como principio de sustentación del orden jurídico y político del país[886]. Las transformaciones políticas, las revoluciones en Norteamérica y París, lo mismo que la desaparición de la vigilancia jurídica superior por parte del *Reich* en Alemania provocan la unificación de estas dos tradiciones conceptuales. Desde entonces se entiende por Constitución una ley positiva que sirve de fundamento al derecho positivo mismo y que determina, a causa de esto, cómo puede ser organizado el poder político y cómo puede ejercerse en forma jurídica y con restricciones de esta misma índole[887].

Desde el punto de vista jurídico, una Constitución con este significado sólo puede ser un texto autológico, es decir, un texto que se propone ser parte del derecho[888]. Esto ocurre, por ejemplo, en la forma de una regla de colisión, sobre todo debido a que la Constitución se exceptúa a sí misma de la regla de que el nuevo derecho viola el derecho antiguo, y debido, también, a que la Constitución regula su propio carácter de alterable/inalterable; debido, además, a que la Constitución regula si alguien puede ser controlado (y por quién), si el derecho se corresponde con ella o la viola; y, finalmente, debido a que la Constitución misma contiene la proclamación de la Constitución y exterioriza esto simbólicamente apelando a la voluntad divina o a la voluntad del pueblo. Las circunstancias históricas y las intenciones del constituyente no reingresan en la Constitución, si es que en absoluto lo hacen, sino a través de las reglas de interpretación[889].

---

[886] Acerca del desarrollo del uso lingüístico, cfr. Geral Stourzh, Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century, en Erence Ball/John G.A. Pockock (eds.), Conceptual Change and the Constitution, Lawrence, Kansas 1988,pp.35-54; y de él mismo, Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff, en su obra: Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungstaates, Viena 1989,pp.35. Heinz Mohnhaupt, Verfassung I, en Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, vol. 6, Stuttgart 1990,pp.831-862. Es un hecho incontrovertible que el concepto adquiere un sentido nuevo - condicionado por la política del momento- durante las revoluciones americana y francesa. Pero es también un hecho que no queda claro en qué consiste exactamente tal innovación. Entre otras cosas, el problema reside en que los conceptos, los postulados y las propuestas de organización políticos adquieren en Francia un sentido completamente diferente que en los EU. Aquí, es cierto, no se presenta ningún problema de estamentos, pero sí existe una tradición de colonial charters que resulta adaptable y no ha habido, además, ningún Estado unificado, sino que la conformación de una nación a través de una Constitución es algo que aún debe afrontarse.

[887] Para una visión jurídica de esta transformación, cfr. Dieter Grimm, Entstehung- und Wirkungsgeschichte des modernen Konstitutionalismus, Akten des 26. Deutschen Rechthistorikerstages, Francfort 1987, pp.46-76; del mismo autor: Verfassung, Staatslexikon, editado por la Görres-Gesellschaft, 7ª Ed. Freiburg 1989, en especial pp.634-643; también de él mismo: Verfassung II, en: Geschichtliche Grundbegriffe, op.cit.

[888] Se puede pensar, por ejemplo, en relación a esto, que para evitar un regreso ad infinitum las explicaciones religiosas del orden del mundo poseen un componente autoexplicativo, a saber, Dios.

[889] Véase la controvertida doctrina del original intent en el derecho constitucional americano.

Con todos estos inusuales elementos no estaban familiarizados ni siquiera los americanos, que fueron los primeros no sólo en practicarlos, sino también los primeros en darles formulación jurídica[890]. Precisamente para estas implicaciones de la autología no existían modelos en la tradición. Por lo demás, la Constitución daba fin a la antigua apertura hacia el pasado del derecho y la reemplazana por una orientación hacia el futuro. En otras palabras: también los argumentos con pretensiones de validez histórica debían ahora poder medirse tomando como criterio la Constitución[891]. Por otra parte, la Constitución normalizaba el procedimiento de modificación en curso del derecho. Ella misma prevee para ello una legislación que ha de negociarse y conformarse jurídicamente en el parlamento[892].

El sistema jurídico considera, con toda razón, que la Constitución es una ley válida que debe interpretarse y aplicarse. Desde el punto de vista jurídico, entonces, la innovación reside en el carácter positivo de esta ley, en la incorporación al derecho positivo de la diferencia entre el derecho constitucional y otro derecho. En particular, esto resulta también válido para las reglas de colisión, lo mismo que para cualquier prohibición en lo relativo a las modificaciones. El derecho positivo puede también llevar a cabo una autoperpetuación - una idea inconcebible para la Edad Media y, en todo caso, cuestionable. Con ello se abandona la jerarquía tradicional de las leyes: derecho divino, derecho natural (eterno o mutable), derecho positivo. De cualquier manera, sus fundamentos cosmológicos y religiosos habían sido ya socavados. En lugar de esto, la Constitución expresa que es en el sistema jurídico mismo donde debe darse la responsabilidad de todo derecho. En relación a esto, uno podía creer en un principio -en especial en el ámbito de los derechos privados- que podría apoyarse en formas estables de la tradición de la *Common Law* o derecho civil; sobre todo, por supuesto, en la institución jurídica de la propiedad, esto es, de la propiedad jurídico-civil. De este modo, particularmente en el siglo XVIII, el derecho civil mantiene estrechas relaciones con el derecho constitucional. Sin embargo, el derecho constitucional adquiere -igualmente de manera conceptual- este lineamiento respecto a la autonomía: no tiene que fundarse sino en sí mismo e incorpora contraprincipios aún en el derecho constitucional mismo -por ejemplo, carácter no modificable de un derecho que, por lo demás, es modificable; o bien intervenciones directas en «valores» o en principios

---

[890] En relación al judicial review, cfr.: Commonwealth vs. Caton, 8 Virgina (4 call), pp.5ss.; Cases of the Judges of the Court of Appeals, 8 Virginia (4 call), pp. 135ss.; Barnard vs. Singleton, I North Carolina (1 Martin), pp.5ss; en un plano nacional, cfr. la célebre decisión Marbury vs. Madison, I Cranch (1803), pp.137ss., en especial: 176ss.

[891] Acerca del carácter insostenible de una derivación puramente histórica de pretensiones de legitimación, cfr. ya Henry, Viscount Bolingbroke, A Dissertation upon Parties, Letter IX, cit. según Works vol.II, Filadelfia 1841, reimp. Farnborough Hants, Ingl. 1969,pp.69ss.

[892] Sin embargo, esto no tiene que seguir siendo así, si es que se parte de la separación de los sistemas para la política y el derecho, esto es, de que el sistema jurídico no se corrompa por las exigencias políticas de modificación. Ha sido, sobre todo en los EU, donde en los últimos años se han conformado movimientos sociales de gran éxito que, sin recurrir al Congreso, pueden exigir una modificación en la impartición de justicia. Cfr. para un gran número de ejemplos Joel F. Handler, Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change, N.Y. 1978.

«morales» que, en general, al derecho sólo le son permitidos en el contexto de las normas jurídicas válidas y con la autorización de éstas[893]. El concepto «inconstitucional» aparece ya en el siglo XVIII[894].

Sin embargo, la Constitución comienza tan pronto como se empieza a distinguir el derecho del no-derecho. Toda norma jurídica puede, entonces, ser anticonstitucional -el antiguo y el nuevo derecho, ordenamientos y leyes, no solamente la Constitución misma. El derecho posee ahora, por lo tanto, un mecanismo garantizado por la autoexención de declararse a sí mismo jurídicamente improcedente. No sorprende, así, que Thomas Jefferson haya creído en un principio que el mandato del pueblo de promulgar una Constitución no iba, en realidad, tan lejos[895] y que las modificaciones jurídicas normales debían llevarse a cabo por medio de leyes normales.

Es importante hacer notar que la imposición y el establecimiento de este logro es facilitado por el desconocimiento de su contenido jurídico específico. En lugar de ello, es objeto de discusión como un asunto de soberanía, como un problema de violencia política suprema. Y, en tal caso, puede hacerse valer con éxito el hecho de que los juzgados que declaran inconstitucionales ciertas leyes particulares, no reclaman para sí la dirección del Estado y ni siquiera la dirección de la legislación[896], por lo que se mantienen en el marco de su función específicamente judicativa. La transposición del problema al sistema político -él mismo con preocupaciones propias en lo relativo a los problemas de la autorreferencia y las

---

[893] Puede afirmarse, por supuesto, que esto resulta también válido para la Constitución misma, en cuanto a que en ella se hace mención de la dignidad humana y de otras cosas similares. Pero la forma «es» de su expresión «es inviolable») da lugar a suspicacias. Una mirada a la literatura -en grado superlativo polémica- en torno de la interpretación constitucional enseña que lo que allí se recomienda son valores, moral, etc. en varias y diversas versiones (constitutional morality, aspirational morality, civil religion) y no sólo como contenidos de determinadas normas, sino como enfoques interpretativos generales o, más claramente, como reglas de clausura de un horizonte en todo caso abierto de argumentación jurídica. Cfr. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Oxford 1977, especialmente claro; Michael Perry, Morality, Politics and Law, Londres 1988, en especial, pp.121ss. De cualquier modo, a toda esta literatura -en especial a Neil MacCormick, Institutional Morality and the Constitution, en Neil Mac Cormick/Ota Weinberger, An institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism Dordrecht 1986, pp.171-188- le hace falta la nitidez en la distinción, que nosotros mantenemos en el texto, entre interpretación constitucional y otro tipo de interpretación legal. Y, como sea, esta distinción es una distinción del sistema del derecho.

[894] El Oxford English Dictionary (2ª ed., Oxford 1989,vol.XVIII,p.925, bajo la voz «unconstitutional») contiene una evidencia de esto del año de 1734. Véase también Bolingbroke op.cit. p.11 («unconstitutional expedients») Sin embargo, aquí, como resulta claro a partir de la argumentación general, en el contexto de una distinción constitution/government y no en el sentido de una distinción entre derecho constitucional y derecho normal. La expresión no es objeto de una difusión más amplia sino en el contexto de la polémica norteamericana contra las prácticas del Parlamento inglés, que se considera soberano y que, por lo tanto, no considera poder actuar nunca de manera inconstitutional. Sólo hasta el decreto de las constituciones escritas irrumple la expresión también en la impartición de justicia, en el curso de la justificación de un judicial review. Para el primer caso, cfr. Commonwealth vs. Caton, 8 Virginia (4 Call), pp.5ss. de noviembre de 1782.

[895] En su polémica en contra de la Constitución de Virginia (1776) que no coincidía con sus concepciones. Véase Thomas Jefferson, Notes on the State of Virginia (1787), cit. según la ed. de William Peden, reimpr. N.Y. 1982,pp.110ss.

[896] Los argumentos de Alexander Hamilton se encuentran en The Federalist Papers Nº 78, cit. según la ed. Middletown Con 1961, pp.521-534; o los argumentos de John Marshall en Marbury vs. Madison, I Cranch (1803),pp.137-180.

paradojas de la fundamentación- permite que la revolución lógica del sistema jurídico y el ajuste a la clausura autorreferencial tenga inicio discretamente; o por lo menos, le quita el peso a la reflexión acerca de la unidad del sistema de la necesidad de considerar esta «catástrofe», aun antes de que los instrumentos específicamente jurídicos para la nueva situación hayan sido desarrollados.

El problema correspondiente ya se había planteado de manera aguda unos doscientos años antes en el sistema político -generalmente se cita a Bodin como fuente. La soberanía no se entendía ya, como había ocurrido en la Edad Media, como la simple independencia del Emperador y el Papa en asuntos políticos, sino como la unidad de la autoridad estatal territorialmente limitada, es decir, también como una soberanía hacia el interior. La situación política derivada de las guerras religiosas presentaba como necesidad el que los asuntos relativos a la religión, la moral y el derecho no se dejaran ya al juicio particular de la nobleza. Más bien, este juicio se describía como una arbitrariedad, lo que tuvo como consecuencia el que la arbitrariedad se opusiera a la arbitrariedad y, por lo tanto, que la arbitrariedad se presentara solamente como arbitrariedad soberana, i.e., aceptable únicamente en un lugar: en el Estado. Con ello se planteaba también, sin embargo, el problema -que ocupa desde entonces a la teoría del Estado- de cómo puede, con todo, evitarse que la arbitrariedad en la cúspide haga lo que le plazca (*Quod principi placuit*... ya no se entendía teniendo en mente la virtud del príncipe, sino como un cheque en blanco en lo que se refiere a lo que juzgue conveniente) y el de cómo pueda sujetarse al soberano a reglas racionales y, sobre todo, a sus propias promesas. Con ello, la teoría del Estado seguía inmersa en la paradoja de la sujeción de un poder necesariamente no sujetado[897]. Tal vez debamos a Friedrich Schlegel la formulación más afortunada de la concepción en calidad de paradoja de este logro de la estabilidad dinámica en condiciones de creciente irritabilidad: La Constitución representativa no es «otra cosa que la inquietud fija, la revolución detenida, el Estado absolutamente sujeto»[898].

No podemos ocuparnos aquí de los detalles históricos de esta agudización[899]. Observemos solamente que toda posición suprema -la de Dios, al igual que la del Estado soberano- depende de una *regla no formulable*. Hasta aquí no se presenta ningún problema. Pero esto no significa en forma alguna -como se pensaba en la época del Estado absoluto- que en cualquier situación pueda decidirse de manera arbitraria. Es esta interpretación de la soberanía como arbitrariedad la que se abandona en el moderno

---

[897] Al respecto, véase Stephen Holmes, Jean Bodin: The Paradox of Souveragnty and the Privatization of Religion, en: J. Roland Pennock/John W. Chapmann (Eds.), Religion, Morality and the Law, Nueva York 1988, pp.5-45.

[898] En: Signatur des Zeitalters, citado según Friedrich Schlegel, Dichtungen und Aufsätze, ed. por Wolfdietrich Rasch, Munich 1984, pp.593-728 (713).

[899] En relación al contexto teórico-social, cfr. también Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik, en su obra, Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol.3, Francfort 1989, pp.65168.

Estado Constituciónal y la que se convierte en una división de posiciones con diversas identidades. En primera instancia, esto ocurre debido al principio de la división de poderes, aunque, de hecho, debido a la diferenciación entre los sistemas jurídico y político -cada uno de los cuales se ocupa de manera diversa de las paradojas.

Aquí, lo mismo que en la lógica, es necesario abandonar la forma fija de una diferenciación jerárquica de planos. Ésta no puede ser sustituida sino dándola a la diferenciación interna-externa un carácter ambiguo. La Constitución culmina en puntos en los que no puede formularse si aquélla debe su validez al sistema o a su entorno. Pero esto es y seguirá siendo una ambigüedad interna desde el punto de vista del sistema, una ambigüedad que adquiere un sentido diverso en el sistema jurídico y en el sistemá político, de acuerdo al modo en el que los sistemas normalicen este punto de acceso de las irritaciones. Vistas las cosas desde una perspectiva sociológica, con ello se establece un mecanismo de acoplamiento estructural que resulta accesible a los sistemas participantes únicamente en la interpretación interna respectiva acerca del sistema. En el marco más amplio de la semántica moderna, esto equivale a un ajuste de las distinciones abajo/arriba con las distinciones interno/externo. Con ello, la totalidad de los «principios» se convierte en algo que depende del sistema, es decir, en algo contingente. Su formulación última debe, entonces, ser reemplazada por la regla de la reformulabilidad de la regla, que constituye la unidad del sistema.

Por lo tanto, en nuestro contexto lo importante es la idea de que los problemas de autorreferencia y las paradojas se plantean de manera diversa en cada sistema y que lo mismo ocurre en lo relativo a los sistemas político y jurídico. Esta es la verdadera razón por la cual el desarrollo de las autorreferencias correspondientes y la resolución de las paradojas del caso son mediadas por el mecanismo de los acoplamientos estructurales y no por metarreglas o por soluciones lógicas descubiertas en los sistemas mismos. Esto significa, asimismo, que el sistema se ha provisto -en relación a la transparencia, a la incomunicabilidad, a la imposibilidad de la tematización del problema y a su solución-, de lo que podría denominarse el sentido metaconstitucional de la Constitución.

Resumiendo, podemos decir que la Constitución logra soluciones políticas para el problema de la autorreferencia del derecho y soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia política. Se trata de una Constitución del «Estado», es decir, supone éste como un objeto real que requiere una Constitución. No es solo el texto en sí mismo, sino únicamente el Estado constitucional el que cumple la función de acoplamiento -independientemente de que ésta se conciba como pueblo-en-forma [Volk-in-Form], como institución, como organización o, simplemente, como «government»[900]. En relación a esto, la Constitución conformadora y determinante del Estado asume un sentido diferente en ambos sistemas: para el sistema jurídico es una ley suprema, una ley fundamental; para el

---

[900] Por su parte, las obscuridades semánticas a este respecto son un indicador de que se trata de un mecanismo (diversamente perspectivo) de acoplamiento estructural.

sistema político es un instrumento político en el doble sentido de política instrumental -modificadora de situaciones- y de política simbólica -no modificadora de situaciones. A pesar de que las dos versiones parecerían contradecirse semánticamente, resultan compatibles gracias a la clausura operativa de los sistemas. Solamente en la visión propia del sistema las condiciones se encuentran sujetas a modificaciones debidas a las operaciones del sistema que les corresponda. De este modo, es posible que se desarrollen separadamente el sentido jurídico y el sentido político de la Constitución, lo que se hace patente en un incremento de la irritación recíproca. Es, asimismo, concebible que en muchos países en vías de desarrollo se observe que las constituciones sirven, de manera casi exclusiva, como un instrumento de la política simbólica, porque aún no se ha logrado clausurar operativamente el sistema jurídico y hacerlo impermeable a la influencia de la política y otras fuerzas sociales. Pero aun en tal caso puede reconocerse el modelo moderno del acoplamiento estructural, si bien únicamente como apariencia verdadera, es decir, funcional. El uso exclusivamente simbólico de las Constituciones sirve a la política para proceder como si el derecho la limitara e irritara y para abandonar las verdaderas relaciones de poder a la comunicación de los entendidos.[901] Sin embargo, en un sentido pleno, la «Constitución», como logro evolutivo, cumple su función únicamente bajo el supuesto de la diferenciación funcional y la clausura operativa de los sistemas político y jurídico. Y es precisamente el carácter latente de esta premisa (su desconocimiento) lo que ha hecho posible la evolución de este logro. Para la comprensión moderna del concepto, las Constituciones han sido inventadas bajo el halo protector de la permanente ilusión -medieval- de que la política puede fundamentarse como orden jurídico. En gran medida se la encuentra, además, practicada con la función de hacer invisible el hecho de que la verdadera limitación de la soberanía del sistema político se encuentra determinada por los conflictos de poder y los cálculos de éste dentro de las élites políticas.

Lo que con todo ello se pone en movimiento es un asunto relativo a los efectos de las irritaciones recíprocas que, consideradas a largo plazo, influyen en la dirección en la que los sistemas acoplados se desarrollan debido a la composición y descomposición de estructuras. El sistema político se subordina a la autorritación debida a la posibilidad de suscitar una modificación jurídica. La positivización del derecho representa un inmenso potencial para la acción política, al tiempo que la política misma se ocupa constantemente de la elección de tales modificaciones. Suscitar una modificación jurídica es hacer política. El sistema político puede reaccionar de manera muy diversa a tales iniciativas, pero no puede dejar de reconocer a éstas como una operación propia desde el punto de vista del sistema. En consecuencia, para el sistema político, positivización del derecho significa

[901] Cfr. al respecto -si bien con una interpretación algo diversa en el sentido de una Modernidad no realizada- Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Recht in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasiliens, Berlín 1992. Cfr. también lo dicho más arriba, Cap 2,IV, sobre el tema de la autonomía.

plantear exigencias excesivas a la política, en particular, bajo la decisión estructural por la democracia.

El sistema jurídico se encuentra, asimismo, expuesto a iniciativas políticas de las que debe constantemente hacerse cargo y elaborar en el procedimiento de legislación, de regulación administrativa y de impartición de justicia -incluyendo la impartición de justicia de los tribunales constitucionales. Resultado claro de todo esto es la deformación de las formas tradicionales del examen de consistencia basadas en decisiones casuísticas de los tribunales y en la resistente dogmática jurídica en desarrollo. Este orden es objeto de una supraestructuración y de una mediatización por parte de una interpretación de la Constitución que opera con los «valores fundamentales» o bien -como ocurre en los EU- con las instituciones morales y que mantiene abierta para sí una modificación casuística de los valores de oposición. El orden aparentemente fijo de los principios jurídicos es orientado por una impartición de justicia de oposición fluída y siempre provisoria; esto es, lo relativamente estable es orientado por lo que es, en principio, inestable[902]. En la terminología anteriormente introducida esto significa que la variedad del sistema aumenta y que la conservación de la redundancia se convierte en un problema. Para ello deben ensayarse nuevas formas -por ejemplo, las secuelas de las cláusulas de ponderación.

Lo decisivo es -y esto sería lo que el concepto de «acoplamiento estructural» hace visible- que el reforzamiento de la irritación recíproca permanezca como algo que depende del efecto de exclusión de ese mismo mecanismo. La indiferencia recíproca es lo único que hace posible que aumente una dependencia recíproca específica[903]. Con esta condición -que debe entenderse como una diferenciación funcional en relación al sistema de la sociedad- los sistemas disuelven la estructura circular de su autorreferencia por medio de la externalización. El sistema jurídico, al preparar las posibilidades de legislación se ve expuesto, él mismo, a influencias de carácter político. Con la democratización, el sistema político se expone a sí mismo a los atractivos de decidir iniciativas para la modificación del derecho. La autorreferencia toma, entonces, la vía indirecta que pasa por la inclusión del entorno en el sistema. De este modo, las asimetrías jerárquicas resultan prescindibles, una vez que la mirada hacia arriba ha perdido todo apoyo.

Como resultado de este desarrollo, hoy se discute si el aparato del constitucionalismo clásico puede adaptarse a los desarrollos que conducen al Estado Benefactor y cómo es que ésto pueda ocurrir[904]. Ya no hay la claridad de las formas del derecho civil de las que se

---

902 Cfr. en Karl-Heinz Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz-Selbsorganisation-Prozeduralisierung , Berlín 1992,pp.166 y 167, el énfasis en el carácter «experimental, proyectivo, dispuesto a la autosatisfacción de los «valores», cuyo curso real es determinado, en última instancia, de manera provisoria, por el tribunal constitucional, haciéndosele participar una y otra vez.

903 Por lo demás, el argumento se presenta ya en el siglo XVIII, en el contexto de las primeras exposiciones de los checks and balances de la división de poder. Cfr. Henry Viscount Bolingbroke, Remarkson the History of England (1730), cit. según Works, vol.I, Filadelfia 1841, Reimpresión Farnborough, Hants, Inglaterra 1969, pp.292-455 (333ss.)

904 Véase, sobre todo, Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, loc.cit. (1991)

podía partir a principios del siglo pasado tanto en la *Common Law* como en el derecho civil continental. Cada vez se modifican en mayor medida las concepciones sobre el sentido y la función de los derechos fundamentales en dirección hacia un programa general de valores que se deben entender como lineamientos políticos. Los problemas de decisión no aparecen ya, por lo tanto, cuando en la política se traspasan los límites, sino en la solución de los conflictos de valor que de manera permanente y renovada se presentan. Al informar cómo han de decidirse tales conflictos, el fuero constitucional interviene cada vez más en la política, dictaminando, por ejemplo que ha de gastarse allí donde el ahorro sería más conveniente. El desarrollo mismo confirma la fuerza política persuasiva del Estado Benefactor y, sobre todo, la idea de que los golpes inmerecidos del destino deben ser compensados por la comunidad[905]. Con todo ello se pierde de vista la función original de la Constitución: limitar la política. Ciertamente resulta claro que el Estado Benefactor es un participante político por cuenta propia[906], pero no se extrae de ello la consecuencia de que a la función de una Constitución le debería corresponder *obrar en sentido opuesto* a tales tendencias. Una adaptación de la Constitución a las características de un Estado Benefactor tendría que consistir, más bien por ejemplo, en garantizar la independencia del Banco Central y de imponer estrictos límites al endeudamiento del Estado.

V

El paso a una diferenciación funcional primaria del sistema de la sociedad requiere acoplamientos estructurales de un nuevo tipo en la relación de los sistemas funcionales entre sí, a saber: de acoplamientos que puedan tomar en cuenta la autonomía y la clausura operativa de los sistemas funcionales. Estos últimos son preservados en la sociedad por estos mecanismos, pero como de cualquier manera tienen que operar como sistemas de comunicación, en forma alguna podrían desaparecer de la sociedad. Los acoplamientos estructurales se desarrollan, por lo tanto, en unidad con las nuevas autonomías funcionales. Lo uno no sería posible sin lo otro.

Esta presentación deja completamente de lado el hecho de que hay siempre, también, acoplamientos estructurales para las relaciones exteriores del sistema de la sociedad, es decir, para la relación de este sistema con los sistemas psíquicos cuya conciencia constituye un entorno necesario para la comunicación. Por supuesto, el sistema jurídico -estando, él mismo, obligado a llevar a cabo comunicación- mantiene relaciones directas con este entorno psíquico del sistema social. Se impregna directamente en la conciencia de los

[905] Que también la impartición de justicia civil se orienta con base en tales concepciones y que, por lo tanto, se somete a un clima social cambiante es demostrado por Lawrence M. Friedman, Total Justice, Nueva York 1985.

[906] Véase Grimm loc.cit. (1991), p.325 para indicaciones más amplias de esto y para la constatación de que el Estado Social puede renunciar más fácilmente a las garantías jurídico-constitucionales que a otros objetivos.

participantes -y no, por ejemplo, utilizando la vía indirecta de cualquiera otra instancia social. De ello se sigue que tiene que ser capaz de suscitar vivencias y acciones, si es que la comunicación respectiva no ha de estancarse a causa de la falta de recursos. Poder recibir justicia, que el sentimiento propio de justicia sea (o no) confirmado, puede convertirse en un asunto de destino. En todo caso, no es algo que carezca de importancia. La reestructuración orientada a una diferenciación funcional requiere también, a este respecto, de ajustes en los mecanismos de acoplamiento -de hecho ya debido a que ahora todo sistema funcional debe, él mismo, definir las condiciones de inclusión de la conciencia o, también, de las conductas corporales (por ejemplo, presencia, disciplina, restricción de movimientos, exposición de atención, pongamos por caso, en los autos procesuales) y, aparte del lenguaje, difícilmente puede confiarse en lineamientos sociales generales de orden. El sistema jurídico está igualmente obligado a reformular su relación con los sistemas de conciencia (y a embarcarse en los acoplamientos estructurales respectivos) cuando tiene que tomar en cuenta subsistemas diferenciados como la economía de dinero, familias privatizadas, organizaciones estatales políticamente programadas, etcétera.[907]

El desarrollo moderno del derecho toma en consideración esto al abstraer la figura jurídica del derecho subjetivo, de las normas generales y socialmente fundadas de la reciprocidad[908]. Con ello, la validez jurídica se convierte en algo independiente de las obligaciones de reciprocidad de tipo local que sobrepasan los contextos funcionales. De este modo, tal validez se hace también independiente del *genius loci* de la nobleza, así como del poder de presión de los vecinos, de los que uno puede protegerse con ayuda del derecho. En lugar de ello, la validez jurídica sólo permite condicionamientos por parte de la historia misma de la validez jurídica del sistema de derecho. Las viejas obligaciones de reciprocidad ceden el paso a una moral de la gratitud que se convierte ahora en objeto de discusión detallada[909].Las mezclas concretas de derechos y obligaciones se disuelven. Los derechos que A puede hacer valer frente a B no requieren corresponder, en aras de la justicia, a derechos que B puede hacer valer ante A. Estas simetrías de complementación se resuelven en relaciones tautológicas de correspondencia entre derechos y obligaciones -bajo el supuesto (que puede luego ser objeto de una realización social muy desigual) de que, independientemente de su situación estamentaria, toda persona puede adquirir los derechos correspondientes, y tiene que cumplir con las obligaciones respectivas. Como es fácil ver, esto requiere una diferenciación entre derecho público y derecho privado en

[907] Talcott Parsons, The System of Modern Societies, Englewood Cliffs 1971, en particular, pp.18ss. y 82, presenta un argumento similar, referido a elevadas exigencias a la función integrativa -esto es, incorporadora de individuos- de la *societal community* que, con ayuda de un sistema legal, puede transformarse en los derechos humanos comunes.

[908] Con mayor detalle en relación a esto: Niklas Luhmann, Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für moderne Gesellschaft, en su obra: Gesellschafsstruktur und Semantik, vol.2, Francfort 1981,pp.45-104.

[909] Y a las que se mantiene allí con énfasis. Cfr., por ejemplo, (Charles de) Saint-Evremond, Sur les ingrats, cit. según Oeuvres, vol.1, París 1927, pp.153-158; Claude Buffier, Traité de la société civile: Et du moyen de se rendre heureux, en contribuant au bonheur des personnes avec qui l'on vit, París 1726, pp.177ss. (Obsérvese la restricción en el subtítulo: avec qui l'on vit (!))

aquellos ámbitos en los que antes se hablaba de un derecho condicionado por la posición civil (derecho civil), y requiere también, por lo demás, la disolución de las presuposiciones del antiguo concepto romano de un *ius* que ve de antemano en las relaciones jurídicas concretas los vínculos correspondientes a los derechos[910].

Es evidente la fuerza con la que la transición a la idea jurídica de los «derechos subjetivos» influyó desde la mitad del siglo XVII[911] en los ya mencionados mecanismos de acoplamiento estructural, en el derecho de propiedad, así como en las expectativas existentes en lo relativo a la Constitución. En tanto que uno se atreve a hacer formulaciones en términos del derecho natural, los derechos humanos -o, en todo caso, los derechos civiles, los civil rights- pueden considerarse como hechos dados que todo orden jurídico está obligado a respetar, si es que concede algún valor a la designación misma de derecho. Podría pensarse que sin un reconocimiento de estos derechos individuales que el derecho natural otorga no habría en absoluto derecho. Hasta cierto punto, este concepto asume, en relación a los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, la función (de la antigua distinción *rex/tyrannus*) de legitimar la resistencia y la oposición. El derecho natural a la propiedad adquiere en este contexto un rango que abarca al mismo tiempo las exigencias económico-políticas. En lugar de los vínculos concretos de los usos de propiedad se presenta ahora la suposición de que el uso individualista y racional de la propiedad multiplica por sí mismo el bienestar general. Porque ahora racionalidad significa: orientarse de acuerdo con las condiciones del sistema económico. Sin embargo, ¿qué es lo que queda de esta construcción cuando se borra la referencia a la «naturaleza» o sólo se la mantiene como un uso no reflexivo y específicamente jurídico?

Todavía en Kant y en Savigny se topa uno con la vieja regla de reciprocidad, si bien ahora ya no formulada como un mandato de gratitud -porque la ingratitud frente a los socios

---

910 Cfr. al respecto las tesis de Michel Villey, Leçons d'histoire de la Philosophie du droit, París 1957, pp.249ss., que han sido objeto de muchas discusiones, y, ofreciendo un panorama sobre la discusión subsecuente, Karl-Heiz Fezer, Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts, Munich 1986,pp.111ss. También los romanistas encuentran en el antiguo derecho romano pocos puntos de apoyo para una interpretación abstracta, subjetivamente referida del derecho. Cfr. Max Kaser, Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen 1949, en esp. pp.96ss. Obsérvese, sobre todo, la amplitud de sentido del concepto, cuyo efecto excluyente -manifiesto, por ejemplo, en la distinción entre *ius* y *lex*- resulta luego de difícil comprobación. En cierto sentido, el concepto lleva a cabo una definición de autonomía de la jurisprudencia, a la que se deja la investigación del contenido jurídico en una materia de disputa. Según todo esto, lo que es seguro es que la distinción subjetivo/objetivo no es la forma en la que originalmente se concibió el *ius*.

911 Es normal mencionar aquí a Hobbes como el autor por antonomasia. Sin embargo, Hobbes ejerció poca influencia en la jurisprudencia de su época. La interpretación del *ius* en el sentido de *facultas* o *potentia* comienza ya en el siglo XVI, si no es que antes. Cfr. Hans Erich Troje, Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, en Jürgen Blühorn/Joachim Ritter (eds.), Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert, Francfort 1969,pp.63-88 (81ss); Fernando Arturo Cuevillas, «Luis de Molina»: el creador de la idea del derecho como facultad, Revista de Estudios Políticos 75 (1954),pp.103-116; además, por ejemplo, Richard Tuck, Natural rights theories: Their Origin and Development, Cambridge Ingl.1979; Fezer op.cit. pp.140ss. Para una ubicación anterior en el tiempo, hasta alrdedor de 1200 -substitución de las relaciones feudales de reciprocidad por una garantia *estatal* de un poder autónomo de disposición del propietario y esto como una consecuencia de la primera gran inflación- Robert C. Palmer, The Origins of Property in England, Law and History Review 3 (1985),pp.1-50; de él mismo, The Economic and Cultural Impact of the Origins of Property 1180-1220, Law and History Review 3 (1985),pp.275-396.

económicos o frente al Estado, en los asuntos relativos a la verdad o inclusive en el amor, se ha convertido justamente en un mandato de la conducta adecuada desde el punto de vista sistémico- sino como abstracción, en la forma de una ley ética general cuya obligatoriedad pueda ser comprobada en sí mismo por el sujeto, sin la aceptación de autoridades externas.[912] Lo único que se hace aquí es generalizar la vieja forma para hacerse cargo de condiciones más complejas. Pero esta solución no puede sostenerse por mucho tiempo: ya a medidados del siglo XIX fracasa ante el problema de la relación de validez entre los derechos subjetivos y el derecho objetivo, es decir, ante el problema de la unidad del sistema jurídico.

En realidad, la idea de una validez *objetiva* de los derechos *subjetivos* no es sino una paradoja embozada y desarrollada -en todo caso, en tanto se juzgue como decisiva la distinción objetivo-subjetivo. La paradoja fundamental de la mismidad de lo que es conforme con el derecho (y de lo discrepante) podía desviarse y dirigirse con ello hacia otra distinción, a una paradoja más inocua. Esto funcionó bien en tanto que funcionó desde el punto de vista técnico-jurídico y en tanto que en los contextos de legitimación lo importante era el problema de si la sociedad puede conceder al individuo la libertad de autorrealización y cómo puede esto ocurrir. Frente a ello, las dificultades de construcción de la teoría del derecho perdieron interés: la teoría veía en todo esto únicamente la tarea de una construcción adecuada a la materia.

No es sino hasta que el fuero en los asuntos del derecho público se ve obligado a construir ulteriormente los derechos subjetivos (hasta el desarrollo del Estado social y desde que la reciprocidad -con el nuevo nombre de «solidaridad»- se convierte en lema político, en principio jurídico prácticamente sin un perfil claro)[913], que comienzan a hacerse patentes algunas grietas en este conjunto de creencias y que las máximas de reciprocidad se sustentan cada vez en mayor medida sólo como principios éticos. El largo apego a las ideas de fundamentación de carácter teórico mutualista resulta comprensible cuando se reconoce cuán grande es todavía la correspondencia entre éstas y las estructuras sociales que, en el ínterin, han cobrado carta de naturalización. Esto se pone de manifiesto, por ejemplo, en el grado de idoneidad relativamente alto del modelo de contrato en lo que se refiere a la comprensión de la economía y del matrimonio moderno, así como en el surgimiento de postulados de participación ciudadana atinentes al gobierno del «Estado». Pero esta correspondencia se encuentra fuera de la semántica que puede ser movilizada en

[912] Entre los autores contemporáneos de importancia es Habermas el que retoma este principio con una nueva abstracción que ajusta el *a priori* del lineamiento de simetría de los análisis de la teoría de la conciencia a los fundamentos lingüísticos. La tesis es entonces: que el lenguaje mismo prescribe una simetría de relaciones de reconocimiento para una utilización adecuada, justificando con ello exigencias *normativas* a la racionalidad social. Para una exposición detallada de esto, véase Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Francfort 1992.

[913] Al respecto véase, en especial, Dieter Grimm, Solidarität als Rechtsprinzip: Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit, Frankfurt 1973. Cfr. también J.E.S. Hayward, Solidarity: The Social History of an Idea en 19th. Century France, International Review of Social History 4 (1959), pp.261-284; Jan Milic Lochman et. al., Solidarität in der Welt der 80er Jahre: Leistungsgesellschaft und Sozialstaat, Basel 1984.

el contexto de la dogmática jurídica. En realidad, la dogmática únicamente puede informar acerca de sus propias dificultades -tanto con la intención de clarificar el concepto de naturaleza que es presupuesto por el derecho natural-[914], como con la intención de determinar el derecho subjetivo a partir de su distinción correspondiente de derecho objetivo[915]. Podemos precisar lo que se quiere decir (pero no puede ser dicho) con ayuda de la distinción entre referencias sistémicas y los acoplamientos estructurales correspondientes que deben distinguirse.

El acoplamiento general entre conciencia y comunicación, con todas sus consecuencias en lo relativo a la socialización (la actitud individual de espera, la profundidad de la irritabilidad, etcétera), se refiere al sistema social en todos sus ámbitos; porque sin comunicación y sin participación de la conciencia en la comunicación nada puede funcionar. En esa medida, las transformaciones de esta relación en el desarrollo del individualismo moderno se localizan en un plano más fundamental que el de aquellas instituciones que regulan y limitan la irritación recíproca de los sistemas funcionales individualmente considerados. En la conciencia del individuo concurren, entonces, irritaciones y efectos de socialización provenientes de diferentes ámbitos funcionales de la sociedad que, a su vez, irritan a ésta sin que el individuo pueda entrar en una relación con la sociedad como un todo y sin que pueda extenderse a ella como una especie de asociación solidaria responsable de las condiciones de vida en su totalidad. Así las cosas, desde la perspectiva del individuo la relación con la sociedad como un todo puede ser determinada, en todo caso, de manera negativa; lo que incluye todas las ventajas que la distancia y la libertad otorgan. En lo que al derecho se refiere, la institución jurídica del derecho subjetivo corresponde a este estado de cosas, al igual que lo hace la forma jurídica del contrato, que hace posible al individuo una satisfacción altamente selectiva y pasajera de necesidades igualmente pasajeras, sin que con ello su *status* social se vea directamente afectado. En la forma de los derechos subjetivos prevista en el derecho objetivo, el sistema jurídico reclama su propia atención respecto de los problemas de inclusión de las personas en el sistema jurídico -un problema que es precisamente consecuencia de que esté excluída la fusión de las operaciones psíquicas y sociales provocada por la conformación de sistemas.

De ser así, esto puede explicar -de manera completamente independiente de las terminologías históricas con las que se ha llevado a cabo ese giro- que también las nuevas formas de acoplamiento que se desarrollaron, las formas que enlazan los sistemas funcionales particulares, coinciden con las institución jurídica de los derechos individuales. Aparte de su función, la Constitución se introduce explícitamente como un *instrument of government* para la implementación de la *Bill of rights*. La circunstancia de que el derecho de propiedad se haya alterado y concebido de manera individualista también ha sido

[914] Entre tanto se ha renunciado a ello, entendiéndose por derecho natural únicamente la suposición de que puede haber una decisión en lo que se refiere a los problemas morales independientemente de la fluctuación de opiniones -una concepción para la que luego se busca esgrimir argumentos. Cfr. Michael S. Moore, Moral Reality, Winconsin Law Review (1982), pp.1061-1156.

[915] Véase, por ejemplo, Alf Ross, On Law and Justice, Londres 1958, pp.170ss.

expuesta con frecuencia. No por nada el nuevo individualismo y el desacoplamiento jurídico de derechos y obligaciones tiene también efectos en la justificación de la imposición de impuestos, i.e., en el acoplamiento de los sistemas económico y político[916]. De este modo, en una extensión amplia, el sistema jurídico funge -en todo caso, en un principio- como un sistema de captación de consecuencias que para el individuo trae aparejada la reestructuración de la sociedad, en el sentido de la diferenciación funcional. En compensación por la pérdida de todas sus posiciones fijas, el individuo es ahora provisto de derechos subjetivos. En la línea de tales compensaciones se complementan luego los simples derechos de libertad con derechos sociales; los derechos a la oposición, con derechos de participación: como si el problema en la forma jurídica misma pudiera ser resuelto con meros añadidos.

Pero, ¿puede partirse de que los individuos viven su sociedad de manera positiva y de que se encuentran satisfechos de ella cuando se les provee de derechos y se les protegen éstos? Hasta ahora, sólo la distribución de bienes -injusta, si se la considera como un todo- era lo único que conducía a este planteamiento. En nuestros días se añade a ello una preocupación creciente en lo que respecta al futuro, lo mismo que una perplejidad por la conducta riesgosa de los otros, frente a lo cual uno dispone de muy limitadas posibilidades de defensa. Son conocidas las dificultades de carácter técnico-jurídico, por ejemplo, en el caso de la causalidad ecológicamente mediada, tanto indirecta como a largo plazo o cuando se trata de intereses relativos a la prevención que aún no pueden articularse concretamente con los daños ya ocasionados o con los que constituyen una amenaza directa. Hasta ahora lo que se ofrece son las soluciones técnico-jurídicas mediante el instituto jurídico de la responsabilidad por riesgo, que permite la acción, pero que también prevee la responsabilidad por los daños de índole jurídica (!) que se ocasionen. También aquí el derecho se aleja de la relevancia en la conducción de la vida y de la informatividad para los particulares. El derecho no nos dice ya, entonces, lo que debe hacerse o dejar de hacerse. Lo único que nos dice todavía es que: si funciona, bien; si no, pues no. Los derechos subjetivos sólo juegan su papel en la definición de quienes puedan hacer valer sus daños; aunque no en la forma de derechos de oposición con los que hasta los simples temores pudieran encomendarse a los tribunales.

Con todo esto adquiere mayor importancia lo que puede denominarse «el otro lado» de los derechos subjetivos: el hecho de que su atribución, su uso y, sobre todo, el acceso a los tribunales que ellos median sea limitado y de que sea precisamente en este carácter en lo que se encuentre la protección de los otros de frente a una intervención demasiado eficaz de terceros. Entendida como *señalización* de una forma con dos lados, el derecho subjetivo ofrece, por partida doble, una garantía de libertad para quien tiene derecho y para aquel contra quien, con tales derechos, no puede emprenderse nada.

[916] Cfr. William Kennedy, English Taxation 1640-1799: An Essay on Policy and Opinion, Londres 1913, en particular pp.82ss.

Es probable que este delicado equilibrio se rompa con la presión masiva que ejercen las amenazas ecológicas. Pero podría resultar más probable que una creciente actividad reguladora por parte del Estado, a la que la Constitución ceda paulatinamente[917], la reemplace o la complemente. En todo caso, esto significaría, en general, que el derecho tenga una menor importancia para el acoplamiento estructural entre la conciencia individual y la comunicación social. En consecuencia, también, dado el caso (por ejemplo, el caso político), se vería disminuída la seguridad de que el derecho pudiera movilizar la conciencia en su favor. El sistema jurídico requeriría, entonces, de escándalos que resulten eficaces desde el punto de vista periodístico, así como de una gigantesca *Amnistía Internacional* para preservar el Estado de derecho -en el que ningún individuo, por iniciativa propia, se encuentra ya interesado.

En este contexto cobra importancia un aspecto de los derechos subjetivos que ha sido, hasta ahora, casi enteramente descuidado en la dogmática jurídica y del que tampoco se da cuenta en el complemento de los derechos de libertad mediante los derechos sociales. Tampoco la precupación por la legitimidad del derecho a la que, según Habermas, debería dirigirse la figura de los derechos subjetivos[918], se ocupa de un problema adicional de creciente importancia. El derecho subjetivo garantiza, igualmente, que quede a juicio del individuo la decisión acerca del problema de si uno tiene, en absoluto, la voluntad de asumir y hacer uso de sus derechos[919]. En tal decisión pueden jugar un papel importante los puntos de vista puramente psicológicos -pero también pueden ser significativas las diferencias en los interconexiones sociales -por ejemplo, las opiniones de personas cercanas, las dimensiones de un riesgo financiero o las interrogantes acerca del tiempo que se esté dispuesto a invertir en actividades desgastantes de este tipo. El cumplimiento de los derechos humanos incide también en este punto, en cuanto que existen posibilidades de influir políticamente en la determinación de asumir y hacer uso de los derechos propios. Para un individuo, los procesos constituyen perturbaciones de la mayor importancia y, desde la perspectiva de una racionalidad en la conducción de la vida individual, rara vez resulta significativo embarcarse en ello. *Voice* o *exit*, he aquí la cuestión[920].

En tanto que la violación de los derechos subjetivos constituye un supuesto de la querella, se han tomado también a este respecto las provisiones necesarias para que se dé un acoplamiento estructural entre las condiciones individuales de conciencia y las irritaciones en el sistema jurídico. En otras palabras, el sistema jurídico depende de

[917] Cfr. Dieter Grimm, Die Zukunft der Varfassung, Staatswissenschaften und Staatspraxis I (1990), pp.5-33; asimismo su obra de 1991 citada anteriormente pp.397-437.

[918] Expuesta con todo detalle en su obra citada de 1992, pp.109ss.

[919] En el caso del sistema religioso, se da una discusión correspondiente en torno del concepto clave de «secularización». De acuerdo con ello, en la sociedad moderna la religión se ha convertido en un asunto privado y, en consecuencia, en uno de decisiones individuales. Es indiscutible aquí, también, que tales decisiones se encuentran sujetas a influencias sociales. Sin embargo, bajo la condición de un «individualismo institucionalizado» (Parsons), tales influencias no actúan ya de manera unívoca en favor de un vínculo religioso determinado.

[920] Para hacer uso de la conocida terminología acuñada por Albert O Hirschman, Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States, Cambridge Mass., 1970.

impulsos que, desde la perspectiva del derecho, deben ser descritos como accidentes. Y, en vista del grado de dependencia de parte de los resultados del procesamiento de los problemas fácticos (de problemas de demostración), sería una ilusión pretender suponer que por sí mismo el derecho tenga la capacidad de dirigir esta dependencia de los impulsos. En este sentido decisivo, el derecho es ciertamente algo autónomo, en lo que se refiere a la clausura operativa; y por supuesto no es una máquina cibernética, que de no estar descompuesta, utilizara su propio *output* como *input*.

Los derechos subjetivos justifican el letargo jurídico, justifican el ausentismo de los afectados. Tales derechos conceden no sólo libertades *en* en el derecho, sino, asimismo, la libertad *del* derecho. Mientras más se sirvan del derecho otros sistemas funcionales y, sobre todo, mientras más se sirva de él la maquinaria de regulación política del Estado, mientras más busquen en sus formas la seguridad del éxito, más perturbadora puede ser esta forma de conexión para este frágil, obscuro y subjetivo entorno.

VI

La antigua tradición europea había entendido la sociedad como un contrato, si bien como un contrato con el que se correspondía la naturaleza del hombre como un ente social vivo. Quizá pueda interpretarse aquí de esta manera: la pura actividad en el contexto de una socialidad inevitable tendría que entenderse como el fin mismo del contrato y uno sólo podría evadirse de sus consecuencias en la forma de un *venire contrafactum proprium* jurídicamente ilícito. Pero si la unidad de la sociedad misma descansa en su forma jurídica, el derecho no puede ser entendido satisfactoriamente como un subsistema del sistema social. Más bien, es el orden jurídico el que se construye de manera paralela a la jerarquía de la estratificación, como una jerarquía de leyes, como una estructura de niveles: derecho divino, derecho natural y derecho positivo.

Una interpretación alternativa se encuentra, desde la Edad Media, en la metáfora del organismo, en la que la sociedad es considerada como un cuerpo orgánico. La suposición, aquí, no es la de una constitución artificial, sino la de una natural. Sin embargo, el concepto de naturaleza contiene la doble posibilidad de condiciones naturales (perfectas) y condiciones corruptas, v.gr. la variante *rex/tyrannus* en la estructura de dominación de la sociedad. Por su parte, la opción normativa, inmanente al concepto de naturaleza, para la perfección y opuesta a la corrupción, se entiende como derecho, concretamente como derecho natural -todo ello con base en una unidad presupuesta constantemente entre el origen divino del derecho y su racionalidad en condiciones de una percepción extendida de la corrupción[921]. Consecuentemente, el supuesto común consiste en la aceptación en estas

[921] Al respecto, véase la investigación -que se remonta hasta la poesía popular- de Edward Powell, Kingship, Law, and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V., Oxford 1989, en especial pp.38ss.

dos construcciones opuestas (la artificial, el contrato; y la natural, el organismo) de que la sociedad es un orden jurídico.

No será sino hasta el siglo XVIII cuando resulte claro que este concepto ya no corresponde a las condiciones de la sociedad moderna -y, sin duda, en este sentido el pensador más notable será David Hume. Como antes, es impensable una sociedad sin derecho, pero la sociedad misma aparece ahora como un producto de su historia, al tiempo que el derecho corresponde a las transformaciones que de todo ello resultan. El derecho se desarrolla en y con la sociedad. Cuando los grandes ordenamientos modernos de la *commercial society* ya no permiten un control social a través de la proximidad, el derecho está obligado a adaptarse a ello y a declarar como jurídicamente obligatorias las promesas, inclusive aquellas hechas a desconocidos[922]. La obligatoriedad de las promesas no es un resultado de la naturaleza, ni de la moral. Es una convención que resulta históricamente tardía. El consenso del propietario es la única condición que se establece para convertir la propiedad en algo disponible. Sin embargo, todo ello hace posible, por su mayor flexibilidad, una mejor distribución de los bienes entre las personas -en comparación con la violencia sin más, al igual que en comparación con las relaciones de propiedad locales[923]. Asegurar la propiedad se ve ahora como la función principal de derecho[924], porque ésta (y con ella la economía) se considera como una condición de posibilidad de la sociedad. Lo que conocemos como formas del acoplamiento estructural del derecho, esto es, la propiedad y el contrato, al igual que, en otro sentido, la Constitución, son concebidas en el período de transición del siglo XVII como las formas necesarias de toda sociedad civilizada -y parece que su sobreestimación constituyó efectivamente una condición necesaria para que lograran imponerse.

Por supuesto, en comparación con la exactitud del concepto jurídico clásico de *societas*, no queda claro qué ha de entenderse ahora por sociedad. A pesar de toda la elaboración en detalle que se hace respecto de las estructuras internas, se carece aún de un concepto para la unidad del sistema. Y si bien la historización del análisis de la sociedad hace posible algunas exposiciones, no puede llenar este déficit teórico. De este modo, se está obligado a seguir hablando de *civil society*. Esto exige -si es que se ha de hacerle justicia a una mayor diferenciación- una generalización correspondiente de los símbolos. Éstos pueden, luego, representar la unidad -y en ello la teoría no puede, al principio, sostener el paso. Su plausibilidad consiste exclusivamente en su capacidad de señalar la distancia histórica de las sociedades previas y de exponer tal distancia como un resultado del desarrollo de la sociedad.

---

[922] Cfr. Hume op.cit. Libro II, Parte II, Sec. V, pp.219ss.; igualmente Annette Baier, Promises, Promises, Promises, en su obra, Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals, Minneapolis 1985, pp.174-206, en especial, 181ss.

[923] Cfr. Hume op.cit., Libro III, Parte II, Sec.IV, pp.217ss.

[924] Tal y como lo formula enfáticamente Hume. Se trata, sin embargo, de una idea ampliamente aceptada en la época. Para mayores detalles al respecto véase Niklas Luhmann, Am Anfang war kein Unrecht, en su obra, Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol.3, Francfort 1989, pp.11-64.

Pero tampoco la terminología relativa a la sociedad de clases, cuyo uso se extiende durante todo el siglo XIX, ofrece resultados satisfactorios, por lo que sigue siendo objeto de controversia. Se postula en ella que el pensamiento dominante es el pensamiento de los círculos dominantes y que el sistema jurídico no puede desarrollarse independientemente de tales ideas. Expongamos aquí la concepción de esta teoría de la dominación valiéndonos de la siguiente -y larga- cita: «Son raros los juicios generales de valor del estrato dominante de la cultura que *contradigan* los juicios de valor legal existentes. Normalmente, el juicio de valor legal encuentra eco por lo menos en una parte de la población. Las opiniones se dividen. Inclusive en aquellos casos en los que se carece de todo juicio legal de valor, la coincidencia notoriamente general no es lo que pudiera llamarse frecuente. La regla es la diversidad del juicio»[925]. Si se lee el texto en su totalidad, se queda con la impresión de que difícilmente se presenta la contradicción mencionada en la primera oración, porque «los juicios generales de valor de los estratos dominantes» o no se hacen en absoluto o son muy raros. «La regla es la diversidad del juicio»: el derecho no hace uso de su propia autonomía para, digamos, producir e imponer una contracultura propia[926]. El problema es, más bien, que lo típico es que un juicio de valor generalmente aceptado se extienda a los valores particulares y que se anule en el conflicto de valores. Pero son precisamente los conflictos de valores de los que se ocupa predominantemente el derecho. Por lo tanto, la autonomía del derecho surge -y esto es algo que puede estudiarse de manera inmejorable en el derecho romano- debido a que precisamente en el caso de conflicto se plantea la *questio iuris*, y a que ésta reemplaza al esfuerzo que no tiene ya la esperanza de mediar o de producir un consenso social de valor. El aparato conceptual y organizativo que resulta de considerar la tarea de accionar consistentemente la palanca de la *questio iuris* y de proceder con la máxima consecuencia posible conduce a la diferenciación del sistema jurídico. Por lo demás, los valores específicamente propios del sistema jurídico sólo pueden alcanzarse mediante acoplamientos estructurales. En otras palabras: el sistema sólo puede ser irritado en sus valores exclusivamente propios.

Ahora bien, ciertamente el sistema jurídico no puede aislarse de los juicios sociales de valor que son objeto de aceptación generalizada. Una desviación, desde el punto de vista jurídico interno, con respecto a lo que permiten tales juicios valorativos, -piénsese en el ámbito del derecho sexual, de la vida en pareja sin matrimonio, en la homosexualidad, en el aborto....- produce irritación en el sistema jurídico, poniendo también en marcha, por esta razón, una búsqueda en pos de soluciones aparentemente «mejores» a los problemas a partir de la situación fáctica desde la cual se juzga. Por otra parte, las redundancias -que también son algo necesario- es decir, aquello que en el sistema jurídico se cultiva como

---

[925] Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914, p.292. Una versión sociológica nueva de esta concepción, referida al sistema de la ciencia, se encuentra en G. Nigel Gilbert/Michael Mulkay, Opening Pandora's Box: A Sociological Analysis of Scientists' Discourse, Cambridge Ingl. 1984.

[926] Aunque no es nuestra intención poner en tela de juicio que esto sea, en principio, posible en una medida reducida en Sudáfrica o en Israel, por ejemplo.

igualdad del tratamiento casuístico (justicia, etc.) frenan un desarrollo de este tipo. Permitir el aborto limita los argumentos que pueden esgrimirse en la discusión acerca de los experimentos con material genético humano; en tal caso, la limitación no es necesariamente política, aunque sí jurídica.

El resultado de todas estas reflexiones nos lleva a renunciar a la burda conceptualización del «poder» de los círculos dominantes en lo que se refiere a la imposición con ayuda del derecho de sus concepciones valorativas, pero también a la renuncia a una versión débil de esto: la versión gramsciana de hegemonía y autonomía relativas. Puede ponerse en tela de juicio, por lo tanto -aunque esta idea no será compartida por todos- la posibilidad de aceptar una relación de acoplamiento estructural entre sistema jurídico y estratificación social. En todo caso, se hace necesario renunciar en el ámbito de estas teorías a la simplista terminología dualista de arriba/abajo o fin/medio, y llevar los análisis de desarrollo, al contexto mucho más amplio de una teoría evolutiva.

Evidentemente, el sistema de la sociedad se realiza con ayuda de la diferencia entre sistemas funcionales autopoiéticos y acoplamientos estructurales. Con ello se delimita de un entorno en relación al cual otros acoplamientos estructurales enteramente diferentes (concretamente: los acoplamientos estructurales con sistemas de conciencia) son realizados[927]. En consecuencia, no puede afirmarse ni que la sociedad se reproduce como suma de sus sistemas funcionales, ni ver aquellas formas en las que se realizan los acoplamientos estructurales (en el caso que ahora nos ocupa: la Constitución o bien la propiedad y el contrato o, en la terminología del siglo XIX: Estado y sociedad), como algo representativo del orden social. Lo decisivo aquí es, más bien, que la realización de los sistemas funcionales autopoiéticos y la instauración de acoplamientos estructurales que incrementen las irritaciones (las dirijan y las excluyan) sólo pueden evolucionar de manera conjunta.

De este manera, llegamos a lo que Maturana llama el *structural drift*, esto es, a desarrollos estructurales coordinados -por ejemplo, en lo que toca a nuestro tema: tendencias hacia el Estado Benefactor, hacia la positividad del derecho y hacia un desarrollo dirigido y descentralizado de la economía con la ayuda de estados de cuenta y presupuestos. En todo caso, los sistemas funcionales para la política, el derecho y la economía -aquí no hemos hablado de otros- irritan sus posibilidades, mientras que la irritación recíproca intensiva asegura el mantenimiento de una compatibilidad satisfactoria. En todos los intentos actuales de modificar las economías socialistas en dirección hacia una economía de mercado, los sistemas de partido único en dirección hacia un sistema multipartidista y el derecho de planeación en dirección hacia un sistema de derechos

[927] Resulta también notable, en este contexto, sin que ello signifique volver a una «teoría orgánica» de la sociedad, la semejanza formal con los sistemas vivos. Sin duda, los modos de operación de la vida y los de la comunicación son muy distintos. Sin embargo, independientemente de esto, también el organismo vivo supone la existencia interna de células con vida autopoiética, así como la de acoplamientos estructurales masivos, aunque altamente selectivos.

subjetivos -sobre todo de la propiedad- se pone de manifiesto lo difícil que es alcanzar lo que ha surgido de este modo evolutivo, por la vía de una planeación recuperativa.

Capítulo 11
La autodescripción del sistema jurídico

I

Todos los esfuerzos del derecho por conocer y reconocer tienen lugar en la sociedad. Estos esfuerzos se encuentran y mantienen ligados a la comunicación y, en consecuencia, también, al lenguaje. Éste ha sido el punto de partida de las reflexiones presentadas en el capítulo anterior -reflexiones que, a su vez, se han servido igualmente del lenguaje. La referencia explícita a ello nos remite a un enfoque que no siempre ha recibido la atención que merece por parte de la teoría del derecho. Tal perspectiva implica la condicionalidad histórica de toda teoría del derecho que se comunica. La comunicación debe tener la capacidad de hacerse comprensible bajo las condiciones sociales de cada caso. No sólo el derecho (su objeto) es variable, sino que ella misma también lo es: cambia con las estructuras con las que una sociedad dada fija su comunicación sobre el derecho. En nuestros días, por ejemplo, no es posible ignorar que podemos mirar atrás y encontrarnos con una larga historia jurídica. Esta circunstancia exige de una teoría contemporánea que pretenda dar cuenta del derecho, que no sólo lleve a cabo una abstracción extraordinaria que se extienda por diversas épocas y sociedades; sino, al mismo tiempo, que efectúe una comprensión de la diversidad histórica, en la que se incluya también la particularidad de esa necesidad de abstracción -históricamente tardía.

Esto no excluye, sin embargo, la observación externa del sistema jurídico cuando éste se ha diferenciado en la sociedad, ni tampoco que con ello se evite cualquier tipo de enlace con la función, el código y las normas del sistema. Pero, en tal caso, debe elegirse otra referencia sistémica y con ello otros vínculos. De esta manera, por ejemplo, el sistema político puede describirse desde el sistema político como un instrumento de la política; o desde el sistema de la educación como el problema didáctico de una clase de duración breve y, sin embargo, eficaz; o desde el sistema de la ciencia como el objeto de investigación. Ningún modo de descripción puede evitar el enlace con el sistema (ni, por tanto, el enlace con sus distinciones) que opera de manera descriptiva. En todo caso, también la observación (y descripción) externa del sistema jurídico se encuentra, ella

misma, en deuda con la sociedad - que reproduce la comunicación. En otras palabras: no puede ignorarse en una sociedad que diferencia sistemas parciales (en nuestro caso, el sistema jurídico), que tales sistemas sean susceptibles tanto de una descripción interna como de una externa. Tanto las autodescripciones como las heterodescripciones resultan posibles. La estructura de la diferenciación social hace posible y razonable diferenciarlas. Al mismo tiempo, tal estructura permite que las descripciones externas influyan en las internas y viceversa, porque la comunicación extensiva se mantiene como algo posible en tanto ejercicio de la sociedad, aun cuando sea dentro de la sociedad que se tracen los límites del sistema. En este contexto, la comprensión se convierte en un factor que dificulta aún más nuestra tarea. Una descripción externa (científica) del sistema jurídico sólo resulta adecuada a su objeto cuando describe a éste como un sistema con contenido teórico, como un sistema que se describe a sí mismo[928]. Esto significa que una descripción sociológica debe incluir las tentativas de clarificación teórico-jurídica de los problemas fundamentales del derecho; por ejemplo, la del concepto de justicia. Pero también, por otra parte, la teoría misma del derecho resulta afectada y se enfrente a la alternativa de optar por un modo de descripción externo al derecho y de dar con ello una respuesta al problema de su propia base teórica; o bien está obligada a verse como una autodescripción del sistema, ella misma con pretensiones de validez normativa, pues, de otro modo, no podría adscribirse al sistema. En tal caso se plantea aquí, también, el problema de la determinación de la medida en que deban imponerse estas pretensiones de obligatoriedad -que en el sistema se consideran como una más entre otras argumentaciones y se las observa como tales.

Es necesario, pues, a fin de hacer justicia a contenidos de tanta complejidad, precisar el concepto de autodescripción, lo mismo que proveerlo de una adecuada riqueza de distinciones. Para ello debemos distinguir, en primer lugar, entre observación y descripción. La auto-observación no es otra cosa que la correspondencia entre la operación singular y las estructuras y operaciones del sistema jurídico, es decir, sobre todo, la implicación (o explicación) de que en una comunicación de lo que se trata es de lo conforme (o lo discrepante) con el derecho. Esto no representa ninguna dificultad adicional, sino que es materia de la comunicación cotidiana. Sin embargo, los problemas que hay que enfrentar son enteramente distintos cuando se trata de autodescripciones, i.e., de la representación de la unidad del sistema en el sistema mismo. Porque lo que aquí está en juego no es solamente la garantia constante de enlazabilidad de las referencias escogidas, sino la reflexión de la unidad precisamente en el sistema que se autorreflexiona.

---

[928] Esto mismo ocurre en el contexto de una discusión más amplia de los problemas de la descripción externa e interna del sistema jurídico, Francois Ost/Michel van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruselas 1987, pp.27ss. (30ss.), 251ss. Para Gunther Teubner esto constituye al mismo tiempo una condición para la aplicabilidad del concepto de autopóiesis. Véase: Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese, en Hans Haferkamp/Michael Schmid (Eds.), Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Francfort 1987, pp.89-128. En lo personal, me bastaría ver en todo ello la exigencia de una descripción adecuada de los sistemas autopoiéticos en aquellos casos en los que, de hecho, puedan comprobarse las autodescripciones en un plano operativo.

Como prescribe el concepto general mismo de descripción, esta operación se propone la preparación de textos, es decir: la preparación de premisas de una comunicación adicional que se utilice repetidamente. Una autodescripción («textualización») representa la tematización del sistema mismo en el que la operación autodescriptiva tiene lugar. No se trata, por lo tanto, de una operación cualquiera del sistema, sino de una operación que abriga precisamente esta intención. Sirviéndonos de una expresión clásica, la podríamos llamar también reflexión. Se trata, por lo demás, de una descripción que, aun en la reflexión, reflexiona la circunstancia de que ella misma forma parte del sistema que describe y que, por lo tanto, tiene que satisfacer las exigencias correspondientes: tener ciertas consideraciones y aceptar los rasgos de pertenencia. Podemos también expresar esto con ayuda de un concepto que tiene su origen en la semántica lingüística: la autodescripción es la elaboración de un texto autológico, i.e., un texto que se refiere a sí mismo.

Las autodescripciones toman en cuenta las restricciones que resultan de su pertenencia al sistema descrito. Así, por ejemplo, una autodescripción del sistema jurídico no puede poner en tela de juicio el hecho de que el sistema se encuentra justificado al distinguir entre derecho y no-derecho, ni de que uno deba comprometerse con normas «válidas». Sin embargo, esto no necesariamente significa que los textos autodescriptivos orienten, como lo hacen las leyes, la práctica cotidiana del sistema. Más bien, esto resulta improbable *and indeed it is hard to imagine many JPs (Justice of Peace, N.L.) thumbing through the Summa Theologiae after a hard day at the sessions*[929]. Pero podemos partir de que la práxis jurídica supone el carácter responsable de las preguntas por el sentido del sistema y de que subyace a las decisiones, aunque no como información, en la forma de una imputación.

Estas exigencias, es decir, la toma de postura en lo que respecta a la identidad del sistema que se describe a sí mismo, así como la inclusión autológica de la descripción en lo descrito, distinguen a las teorías de la reflexión de las teorías jurídicas normales: por ejemplo, en lo relativo a la irrelevancia de un error en los motivos al cerrar un contrato; lo mismo que una posible excepción en caso de error reconocible, para el socio contratante. Ya en la tradición existen distinciones claras y también de carácter escolar entre los lugares comunes de la teoría del derecho natural y lo que los juristas presentan como justificación de sus decisiones. En la actualidad, a esta diferencia se le etiqueta por medio de la distinción entre filosofía del derecho -a últimas fechas también llamada «teoría del derecho»- y la ciencia del derecho. No nos adentraremos más en este tipo de distinciones académicas. Es necesario establecer, sin embargo, que la tarea especial de la autodescripción del sistema jurídico no consiste en la justificación de la decisión altamente diferenciada, sino en la representación de la unidad, de la función, de la autonomía y de la indiferencia del sistema jurídico. En realidad, hay sólo un número relativamente reducido de

[929] Según Edward Powell, Kingship, Law, and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V., Oxford 1989, p.29.

puntos que hacen posible una transición de un contexto a otro, por ejemplo, la conexión libertad/derecho subjetivo/capacidad de demanda.

A pesar de esta distinción, las autodescripciones constituyen, en cuanto tales, operaciones de ejecución concreta, contextual y sistémicamente dependientes. No reproducen lo que «está allí», sino que conforman lo que corresponde a sus supuestos. En esta medida nos apoyamos aquí en la teoría de la interpretación pragmatista de Stanley Fish, que en la actualidad ha sido objeto de múltiples discusiones[930]. Las autodescripciones operan siempre, según esto, en el marco de restricciones ya aceptadas que otro observador puede observar como algo característico de las autodescripciones. Éstas se encuentran, además, obligadas a establecer un límite en el sistema que describen y con ello establecen un límite más allá del cual se encuentran en condiciones -también retrospectivamente- de observar otras cosas y observarse a sí mismas. El problema que con ello se plantea es conocido por lo menos desde Fichte. Se trata de la acumulación de diferencia en un sistema que, precisamente de esta manera, no sólo se realiza, sino también se identifica. El resultado es indefectiblemente una paradoja que puede desarrollarse[931]. Esto requiere como regla general de un ocultamiento de la paradoja concomitante al proceso: de invisibilización, de aceptación de la opacidad que la operación misma produce. En el caso del sistema jurídico, la exigencia es, sobre todo, la de una renuncia a ubicar en algún sitio la prosecución del problema de la fundamentación. En la realización autodescriptiva es el sistema mismo el que debe hacer de sí un objeto de suposición y de aceptación[932].

Es evidente que las autodescripciones suponen la escritura en calidad de forma de los textos. Sin embargo, en vista de que es relativamente poco frecuente y no sucede sin más que los libros resulten accesibles, las posibilidades de una diferenciación son limitadas. La exigencia de justicia refiere a la sociedad en su totalidad, refiere a la conservación de los lugares naturales a los que uno pertenece, así como al comportamiento del mando político. La exigencia de justicia es válida en relación a cualquier tipo de «cuerpo», es decir, es válida lo mismo para la medicina que para el derecho. No es sino con la ayuda de la imprenta que aparece una cantidad de textos que hace posibles diferenciaciones adicionales. Anteriormente existían ya los textos específicamente jurídicos, pero es sólo la imprenta la que en el sistema jurídico hace posible una reflexión diferenciada -comenzando

---

930 En lo relativo a interpretaciones literarias y jurídicas, véase Stanley Fish, Doing What Comes Naturally: Change, Rethoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies, Oxford 1989. Si al texto aquí presentado subyace una perspectiva completamente diferente, se debe a que Fish parte -sin tomar en cuenta otras posibilidades- de individuos que llevan a cabo descripciones, interpretaciones, mientras que, para nosotros, la operación básica y, por lo tanto, el sistema de referencia es el sistema social, ya sea el sistema de la sociedad o el sistema jurídico.

931 En relación a este punto, se dispone de literatura que reconoce esto, si bien prácticamente de manera lateral a la discusión de la teoría jurídica dominante. Véase, por ejemplo, Benjamín N. Cardozo, The Paradoxes of Legal Sciences, N.Y. 1928; George P. Fletcher, Paradoxes in Legal Thought, Columbia Law Review 85 (1985), pp.1263-1292; Roberta Kavelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law, Berlín 1990; Michel van de Kerchove/Francois Ost, Le droit ou le paradoxes du jeu, París 1992.

932 Con un poco más fuerza, algo parecido formula Pierre Bourdieu como relación entre describir y prescribir en Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques, París 1982, pp.149ss.

bajo el nombre tradicional de filosofía, i.e., como filosofía del derecho. La operación autodescriptiva es, por lo tanto, publicación impresa , y todo aquello que, por una u otra razón (que no debe tener nada que ver con el derecho) no se imprima no tiene, en consecuencia ninguna posibilidad de influir en la autodescripción del sistema.

II

Si en una primera aproximación se quiere describir la autodescripción desde fuera, resulta tentador hacerlo identificándose con las propias normas jurídicas. Los participantes -esto es lo que se espera- deben comportarse con lealtad al sistema, independientemente de cuáles puedan ser sus motivos subjetivos, sus reservas, sus ambiciones. Hay también una infinidad de modos de comunicación socialmente posibles y en relación a los cuales es posible una expectativa, pero que deben ser pasados por alto cuando no pueden atribuirse al sistema jurídico; inclusive en el sistema jurídico no toda comunicación constituye una contribución a la autodescripción.

Ninguna descripción puede permitirse dejar de lado su objeto, pero los enlaces internos de la autodescripción van más allá de eso. La autodescripción debe coordinarse con el sistema que describe, y esto sólo puede ocurrir adoptando y tematizando los enlaces específicos del sistema. De otra manera, la autodescripción no puede identificarse a sí misma como tal, no puede diferenciarse de una descripción externa. En otras palabras, no puede, en principio, poner en tela de juicio la indicación de seguir las normas y de comportarse como el sistema jurídico prescribe.[933] La función de estabilización de la expectativa se interpreta como una indicación de comportamiento. Pero, justamente, *se interpreta*. No se trata de normas adicionales; tampoco de normas «superiores», sino de razones y fundamentos; no se trata de recetas para un comportamiento acorde al derecho, sino de rendir cuentas. Y sobre todo: la distinción entre normas y hechos (de cardinal importancia para el sistema) no se identifica en el sentido de facticidad, sino en el de normatividad. Esto significa que para el sistema resulta inaceptable considerar las normas como meros hechos (por ejemplo, como expectativas fácticas de comportamiento). En lugar de ello se privilegia -ante el trasfondo indiscutible de la indefectibilidad de las normas para la continuación de la sociedad- una simbolización tautológica de la normatividad: las normas designan aquello que es debido. Al mismo tiempo, a la sociología del derecho se le reprocha un desconocimiento de la peculiaridad de las normas cuando insiste en la facticidad simple de éstas.[934] Para el sistema mismo, la distinción entre normas y hechos

---

[933] Este es el núcleo de la llamada tesis de la neutralización, que aparece como la teoría de la desviación sociológica. Cfr. los señalamientos que hemos hecho más arriba (Cap. 6,III, nota 47). Pero también aquí resulta clara la diferencia entre descripción interna y externa. La «neutralización» no constituye, por supuesto, un argumento que pudiera ser utilizado en el sistema jurídico mismo y, desde luego, ninguna forma de la descripción de la unidad del sistema.

[934] Véase, por ejemplo, Werner Krawietz, Staatlicher oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung mi Funktionssystem Recht, en Michael Welker/Werner Krawietz (Eds.), Kritik der Theorie sozialer Systeme, Francfort 1992,pp.247-301.

resulta esencial debido a que lleva a cabo su clausura a través de normas. Por esta razón es que toda «reducción» de normas a hechos resulta inaceptable.[935]

Esta exposición requiere ser complementada, porque si bien hace justicia a los programas normativos del sistema jurídico, no lo hace con la codificación binaria de éste, que es la que, en realidad, establece la identidad del sistema. Sin codificación no se puede establecer ningún constreñimiento que obligue a tomar una decisión y, por lo tanto, tampoco ninguna responsabilidad total de la sociedad en relación a la función propia. Sin una reducción a dos valores convertibles entre sí, no existe en el sistema ninguna lógica practicable[936]. También la técnica argumentativa usual depende de la codificación. Se supone tácitamente que, aparte de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho, no existen valores codificados, así como si uno poseyera la capacidad, al pugnar por la conformidad con el derecho de las propias concepciones, de demostrar al mismo tiempo lo discrepante de las concepciones opuestas. Uno al presuponer, por ejemplo, que existe *la* decisión correcta para un estado determinado de cosas (decisión que debe repetirse en caso de repetición del problema), no se encuentra en condiciones de llevar a cabo una elaboración de la experiencia -o tendría que reconstruirla como desigualdad de los casos-, de tal manera que a casos iguales le corresponderían decisiones diversas: la autodescripción del sistema no puede sugerir a los expertos lo que se espera de ellos.

En otras palabras, la autodescripción del sistema jurídico debe partir del hecho de que el sistema tiene que ver con una comunicación controvertida , y que esto ocurre no en el sentido de un defecto por desgracia inevitable, sino como consecuencia de la función y codificación del sistema. De ello resulta un constreñimiento adicional en lo que se refiere a la exposición a la que debe someterse toda autodescripción. Toda comunicación en el sistema debe conformarse de cara a la decidibilidad, concretamente, de cara a una decisión que puede tener buenas razones en su favor -aunque éstas sólo residean en remitir al derecho vigente. No basta simplemente con exponer los deseos, intereses y preferencias propios, como ocurre, sobre todo, en el caso de las transacciones en el sistema económico[937]. Resulta necesario, más bien, buscar y hallar formas de exposición que sugieran que una decisión conforme al sistema (una decisión que pueda luego llamarse racional, razonable o justa) es posible[938].

El sistema debe ser abordado como instancia de decisión, independientemente de qué tan controvertidos sigan siendo o resulten luego los hechos, las reglas y los principios. A cada norma definida puede ajustarse críticamente una comunicación; pero, al hacer esto, debe también presentarse una sugerencia de sustitución. No puede, simplemente,

---

[935] Por lo demás, esto no tiene nada que ver con el irrecusable punto de vista que a veces se menciona a este respecto, acerca de que la lógica no permite pasar de hechos a normas.

[936] Hablo aquí de «practicable», teniendo en cuenta la posibilidad de desarrollar lógicas polivalentes que, sin embargo, en la comunicación cotidiana de la práctica del derecho se toparían con dificultades poco menos que insuperables.

[937] Nos hemos referido ya a esto anteriormente, Caps.7.IV, 8.VII y 8.VIII.

[938] Para lo que resulta de tomar esta exigencia «en serio», cfr. Ronald M. Dworkin, No Right Answer?, en P.M.S. Hacker/Joseph Raz (Eds.), Law, Morality, and Society: Essays in Hnour of H.L.A. Hart, Oxford 1977,pp.58-84.

recomendar la anarquía, el libre arbitrio o abstenerse de toda recomendación. Tiene que respetar la necesidad de llegar a una decisión en el centro del sistema: en su jurisdiccionalidad. La autodescripción del sistema se ve obligada también, por lo tanto, so pena de no ser tal, a hacer justicia, en principio, a esta exigencia de estilización de todas las controversias. Independientemente de qué sea lo que se persiga, es necesario justificarlo en el sistema, recurriendo a los medios de argumentación del sistema. Esto no depende necesariamente de si para toda pregunta hay, en última instancia, una respuesta correcta, pero uno tiene que comunicarse como si la hubiera: *etsi non daretur Deus*.

A diferencia de la comunicación normal del sistema que fundamenta ella misma las demandas de decisión (o las decisiones), la autodescripción del sistema puede evitar tomar partido. No es asunto suyo decidir si responsabiliza al productor por los defectos de las mercancías y por los daños que de ello resulten, o si permite que sea el comprador el que corra el riesgo. Resulta relativamente simple estar de acuerdo con una u otra solución (a ello se añade la circunstancia de que en el caso mencionado los costos del seguro se trasladan al comprador.) Sólo la renuncia a tomar partido de cara a las controversias proporciona a la autodescripción del sistema jurídico su problema *propio*, es decir: el asunto de clarificar las implicaciones que tiene el que *un sistema prometa una respuesta a todas las preguntas y que obligue a todas sus operaciones a partir de la existencia de tal respuesta.*

Los medios de argumentación pueden ser reemplazados; la forzosidad de decidir, sin embargo, subsiste. El sistema debe ser descrito de tal manera que la búsqueda de una respuesta correcta persista como algo razonable -aun cuando aumenten las dudas en relación a la existencia de una única respuesta correcta. Con tales intentos se pretende, una y otra vez, proponer respuestas de principio -si no se trata ya de la *voluntad divina*, por lo menos sí de una *maximalización del bienestar*. Podría no ser casual que estas descripciones remitan a un punto arquimediano externo al sistema: a la *religión* o a la *economía*. Esto es válido para las propuestas de Jeremy Bentham y John Austin en favor de tomar como fuente del derecho a la violencia indicativa soberana, ejercida por alguien que detente el poder *político*. Y es también importante que la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen quepa también en este modelo, al formular esta dificultad como un problema del conocimiento jurídico y, por lo tanto, al intentar resolverlo en un sentido típicamente *científico*: por medio de una suposición introducida como hipótesis. Este carácter predominante de la orientación científica se pone de manifiesto de manera completamente diversa en el tipo de reflexión conocido desde hace varios decenios como «teoría del derecho»[939]. En este caso, la autodescripción del sistema jurídico busca un apoyo interdisciplinario, por ejemplo, en la lingüística, la semiología, la hermenéutica, la sociología o la antropología.

---

[939] Cfr. Cap.1.I.

Tenemos, entonces, cuatro ofertas de descripción de la unidad del sistema en referencia a la religión, la economía, la política o la ciencia, cada uno como condición de posibilidad de la decidibilidad de las controversias[940], al mismo tiempo que como condición de la decidibilidad misma. Todos estos sistemas se sirven de las posibilidades que la sociedad moderna, funcional y diferenciada, ofrece, i.e.: poder remitirse a otro sistema de funciones.

Se comprende, entonces, fácilmente que se haga uso de esta manera de la diferenciación funcional del sistema social para justificar, a través de las referencias externas, la unidad del sistema jurídico. La lógica enseña también, con Gödel, que un sistema lógico no puede demostrar a partir de sí mismo su propia consistencia -como símbolo de su propia unidad- sino que debe tomar de fuera las condiciones que permitan hacerlo. Sin embargo, la autodescripción del sistema jurídico se enfrenta al hecho de encontrar varias posibilidades de enlace en su entorno social. Hemos mencionado ya a la religión, la economía, la política y la ciencia como aquellas posibilidades utilizadas hasta ahora en las teorías de la reflexión del derecho. Pero, entonces, surge la pregunta de cómo es que puede, sobre la base propia del sistema jurídico, decidirse entre estas posibilidades, o la de si únicamente hay que intentar (y agotar) cada una de ellas en una sucesión histórica. Resulta tentador sustituir este tipo de externalización por medio de la referencia al sistema total de la sociedad. Pero esto significaría que la teoría de la reflexión debería elaborarse de manera mucho más compleja. Porque, en realidad, el sistema jurídico es, él mismo, un subsistema del sistema de la sociedad, por lo que, al remitir a la sociedad, remite también tanto al entorno social interno como a sí mismo. Tal vez en esta forma orientada a la teoría de sistemas se encuentre una solución en último término convincente del problema. Sin embargo, hasta ahora no se ha puesto a prueba de manera que permita reconocer su riqueza a favor de las operaciones propias del sistema jurídico.

Independientemente de cuál sea el principio elegido, la visión del experto afirma que no hay ninguna otra alternativa. El principio puede realizarse más o menos bien, y podría ocurrir que la maximalización del bienestar resultara en los hechos tan poco posible como llevar una vida libre de pecado bajo el supuesto del amor divino. Sin embargo, tomado en cuanto tal, el principio no se distingue de otras formas con la misma función, por lo que debe ser objeto de una obediencia «ciega». Pero, ¿qué ocurre de hecho cuando alguien observa que otra persona sigue un principio?

Una crítica por parte de la teoría de sistemas encuentra aquí materia amplia de acción. Una vez que se ha tomado como punto básico la diferencia entre sistema y entorno -algo que las teorías que hemos mencionado no hacen- puede rápidamente verse que la unidad del sistema no puede ubicarse en esta distinción: no se encuentra ni en el sistema ni

---

[940] Este factor se observa aun en los órdenes jurídicos que poseen un fundamento estrictamente religioso y que hacen referencia a una voluntad divina. En todo caso, no puede simplemente condenar el disenso como tal. Cfr. David Daube, Dissent in Bible and Talmud, California Law Review 55 (1971),pp.784-794; o, aún más claramente, la leyenda del horno de Acnai en el derecho talmúdico, al principio del libro de Gunther Teubner acerca del derecho como sistema autopoiético, *Op.cit.* (1989).

en el entrorno del sistema. La búsqueda del punto arquimediano[941] reacciona ante la imposibilidad de representar, de manera convincente y en calidad de metacontroversia, la unidad del sistema en el sistema. Pero trasladarla, a causa de esto, al entorno resulta igualmente equivocado[942] .Visto desde afuera, el sistema se presenta como una red de distinciones operativamente aplicadas, como una «polivalencia sin unidad posible», para decirlo con Julia Kristeva.[943] Precisamente a este problema sólo puede reaccionarse ya con la distinción entre operación y observación/descripción, para entender luego la unidad del sistema como resultado de la realización del operar mismo -que es inobservable. La autodescripción de un sistema es, entonces, una más entre muchas otras operaciones del sistema, y si se desea saber cómo es que el sistema se describe a sí mismo, es necesario observar justamente esta operación y exponerse uno mismo, en la observación de la observación, a ser observado.

Ello encierra una renuncia a cualquier tipo de solución unitaria. En lugar de esto, la orientación se dirige al modo en el que el sistema restringe la validez y los medios argumentativos. Esto es precisamente el punto que en nuestros días subraya la teoría «institucional» del derecho[944]. Entonces esta teoría explica lo que hemos tomado como punto de partida así: la autodescripción del sistema debe identificarse con las condiciones que se deben aceptar cuando las soluciones a los problemas se buscan en el sistema mismo. Esto permite aceptar la existencia de una *open texture*[945] y la indecibilidad argumentativa de las distintas controversias[946]. Lo decisivo aquí es que el sistema mismo restringe el ámbito en el que debe recurrir a normas puras de competencia y en el que dispone de una manera puramente fáctica sobre los símbolos de validez que, por su parte, constituyen puntos de partida para las operaciones adicionales[947]. En lugar del recurso a la unidad se apela al carácter clausurado del sistema.

III

---

941 Jeremy Bentham escribe, en su Introduction to The Principles of Morals and Legislation (1989), N.Y. 1948, p.5, en el contexto de una justificación autorreferencial de su teoría utilitarista del derecho: «Is it possible for a man to move the earth? Yes; but he must first find out another earth to stand upon .»

942 De cualquier manera, la solución teológica tiene la ventaja de poder remitirse a Dios como un observador del sistema. Sólo que esto no resulta muy útil, si debe conceder al mismo tiempo que este observador no puede, él mismo, ser observado. Precisamente a causa de esto resultaba, en última instancia, absolutamente imprescindible para Pufendorf, Locke y muchos de sus contemporáneos especificar la voluntad divina por una especie de cálculo de utilidad , con la suposición de que queda en las manos de Dios el que a los seres humanos les vaya bien. En tal caso, por supuesto, es inevitable tener que conceder la existencia de errores considerables de construcción en la Creación misma.

943 Julia Kristeva, Semiotikè: Recherches pour une sémanalyse, París 1969,p.11.

944 Cfr., por ejemplo, como un representante de esta concepción: Donald Neil MacCormick/Ota Weinberge, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus, Berlín 1985.

945 Véase H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961.

946 Para los argumentos en contra de Dworkin, cfr. Neil Mac Cormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978, pp.229ss.

947 En Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969, nueva edición, Francfort 1983, intento mostrar que este procedimiento posee también el lado fáctico del logro de aceptación y del aislamiento o politización de las protestas.

El derecho natural de la vieja Europa es algo tan remoto y alejado de nosotros que ni siquiera la distancia resulta familiar a la conciencia actual. Por otra parte, una comprensión de las teorías de la reflexión sólo resulta posible en el pensamiento jurídico contemporáneo cuando uno se percata de que estas teorías se han desprendido del derecho natural, de cómo esto ha ocurrido y de que al hacerlo se han topado con los problemas que determinan la discusión actual. En nuestos días, esto mismo resulta válido también para aquellos casos en los que la argumentación todavía -o nuevamente- se refiere al derecho natural.

Desde la perspectiva de la estructura social, el derecho natural tuvo un punto de partida importante en la discrepancia entre las unidades jurídico-políticas, en especial entre las ciudades-estados o entre los estados territoriales pequeños y un comercio que superaba con mucho los límites de todas estas formaciones. De ello resultan constantemente preguntas relativas al *status* jurídico de los forasteros en la propia ciudad, pues no se les podía aplicar, sin más, un derecho reservado a sus propios ciudadanos -es decir, en formulación del derecho romano: problemas relativos al *ius gentium*. Este planteamiento se ve rebasado por pasajes de los Digestos de gran importancia en el Medievo, que abarcan también a los animales y que son capaces de diferenciar por ello el derecho natural del derecho internacional, y del derecho de todos los hombres.[948] Esta referencia a los animales es decisiva desde el punto de vista de la práctica argumentativa porque hace posible una tradición que subsiste hasta la época moderna y que consiste en justificar las desviaciones de un derecho natural (por así decirlo) animalesco: el matrimonio como desviación del instinto natural de procreación, la esclavitud como desviación de la libertad natural, la propiedad como desviación de la comunidad natural de los bienes y, en resumen: la cultura como desviación del derecho natural. En esta línea de discusión -y habría otras-[949] el derecho natural no puede, en forma alguna, considerarse como un derecho superior en lo que respecta a su valor, ni mucho menos, como la forma jurídica de los principios morales. En la Edad Media se utiliza preferentemente la expresión *aequitas* cuando se quiere aludir a un principio jurídico de carácter moral.[950]

Enlazado a esta argumentación se encuentra una segunda idea. Apoyándose en Aristóteles (pero, sobre todo, a partir de la Alta Edad Media), el derecho natural supone que en la naturaleza existen naturalezas (seres) que tienen un conocimiento de sí mismos. La

---

[948] Véase D.I.I.I.3: Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; a diferencia de D.I.I.I.4: Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Tal vez el ejemplo más célebre sea el derecho a la reproducción, que es instintivo, pero que *puede ser restringido* por el derecho internacional [Völkerrecht] y, más directamente, por el derecho civil, *en contraposición al derecho natural*. Para una discusión pormenorizada sobre la glosa de todos estos principios véase Rudolf Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten un Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, Munich 1967, en particular pp.12ss. y 78ss.

[949] Por ejemplo, la *aequitas,* instaurada más bien de una manera jurídicamente innovadora (D.I.I.11, Paulo) o el *ius suum cuique tibuendi* (D.I.I.10 pr. y I, Ulpiano) utilizada para la definición de la justicia y en referencia directa a la estratificación.

[950] Esta es, por ejemplo, la manera en la que con frecuencia es citada por Johannes von Salisbury en el Policrático, Libro IC, cap. 11, cit. de acuerdo con la edición Ioannis Saresberiensis...Policratici...libri VII, Londres 1909. Reimp. Francfort 1965, vol.I, p.237, refiriéndose a la *aequitas y al tribuens unicuique quod suum est: lex vero eius interpres est, utpote cui aequitatis et iustitiae voluntas innotuit*.

razón encuentra su lugar y se desarrolla como naturaleza en la naturaleza. Cuando en la Edad Media se presenta la exigencia de un autoconocimiento, ello no significa necesariamente un conocimiento de la propia especificidad individual o, de hecho, de la cualidad de ser sujeto. Más bien, de lo que se trata es de un conocimiento de la naturaleza propia como *analogia entis*: como un caso particular del alma del mundo, como una *imago Dei*, como un producto de la Creación.[951] La concepción del hombre como un «microcosmos» sugiere, sobre todo, que gracias a la reflexión, el ser humano puede tener acceso a la totalidad del cosmos.[952] Todavía en el aristotelismo tardío del protestantismo alemán se encuentra viva esta idea acerca de que las normas válidas desde el punto de vista teológico-moral-político-iusnaturalista pueden ser conocidas por medio de la introspección.[953] Y Pufendorf reclama (si bien sirviéndose de un concepto secularizado de naturaleza que, por ello mismo, ha perdido claridad y cuya intervención resulta igualmente polémica), que los hombres *conozcan* sus derechos naturales al unirse con miras a la conformación de la sociedad civil. Sin embargo, aquí, notablemente, no se trata ya del conocimiento de la propia *naturaleza*, sino del conocimiento de los propios *derechos.*[954] Hay también otros autores de la modernidad temprana que distinguen con Melachton entre instintos naturales y derechos naturales.[955] Es la razón la que conduce a los hombres a pensar que se encuentran sujetos a la vida en sociedad y que dependen de la cooperación. Esto conduce al derecho como una condición de posibilidad de la sociedad. Es fácil, asimismo, reconocer que esto no significa que todas las cuestiones jurídicas se hayan saldado. Por una parte, la naturaleza concede diversos privilegios a los seres humanos individuales o a los diferentes grupos -también y precisamente en aras del objetivo de una vida comunitaria. Esto es resultado de la racionalidad de la circunstancia de perseguir fines propios. De ello se sigue que los asuntos de importancia para el bien común deben ser objeto de regulación.[956] Existen, además, algunos problemas, en relación a los cuales el conocimiento de la naturaleza no proporciona ninguna respuesta. Estos *diaphora* requieren reglamentación.[957] Que esto sea así es claro a partir de la consideración de la naturaleza, de la que también forma parte la circunstancia de que la acción se oriente a fines y metas y de que deba hallar su camino entre una gran diversidad de condiciones naturales y

---

[951] Sólo así resulta comprensible la metáfora del espejo en la Edad Media: el espejo no duplica la facticidad pura de la peculiaridad individual, sino que muestra lo que uno debe ser de acuerdo con su naturaleza -y esto incluye la posición social.

[952] Véase al respecto Marian Kurdzialek, Der Mesch als Abbild des Kosmos, en Albert Zimmermann (Eds.), Der Begriff der Repraesentatio im Mittelalter: Selbstvertretung, Symbol, Zeichen, Bild, Berlín 1971, pp.3575.

[953] Véase Horst Dreitzel, Grundrechtskonzeptionen in der protestantischen Rechts- und Staatslehre im Zeitalter der Glaubenskämpfe, en Günter Birtsch (Eds.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen |987, pp.180-214.

[954] Cfr. Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo 8.I.II, cit. de acuerdo a la edición Francfort-Leipzig 1744 vol. II p.287: *Enimvero heic praesupponi debet, homines in civitatem coituros iam tum iuris naturalis fuisse intelligentes.*

[955] Véase Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat: Die «Politica» des Hinning Arnisaeus (ca.1575-1636), Wiesbaden 1970,pp.197ss.

[956] Tomás de Aquino, Suma Teológica Ia IIae q.96a 3. Cfr. también IIa IIae q 57 a.2.

[957] Cfr. Aristóteles, Ética a Nicómaco, Libro V, Cap.10 1134b 18-24. Cfr. también Tomás de Aquino *op.cit.* Ia IIae q.95 a.2.

sociales. En esa medida, la necesidad de un derecho positivo y de una legislación con autoridad es un producto de la naturaleza misma.[958] *El derecho natural mismo produce la diferencia entre derecho natural y derecho positivo*. Así, el problema de la forma de validez del derecho se resuelve a través de una *re-entry*: la distinción entre derecho natural y derecho positivo se reproduce en el derecho natural; y *es únicamente bajo esta condición que puede hablarse con seriedad de una fundamentación jurídico-natural*. La cualidad jurídica del derecho positivo supone -y con frecuencia se formula también de esta manera- la indiferencia del derecho natural en lo relativo al problema concomitante de la regulación. A consecuencia de ello, en la Edad Media el derecho natural es considerado en la construcción cosmológica del mundo como algo que pertenece a un nivel superior. Pero, al mismo tiempo, el concepto «animalesco» del derecho natural subsiste en la discusión acerca de que el desarrollo de la sociedad humana tiene lugar como una desviación del estado (*ius*) natural, esto es, en oposición al derecho natural. Este es también el motivo por el cual la relación entre derecho natural y derecho positivo tanto en la autodescripción medieval como en la que se lleva a cabo en la Modernidad temprana conserva su carácter ambivalente. En esta tradición, en la que todavía se habla seriamente del derecho natural, no se encuentra lo que la filosofía del derecho de nuestros días esperaría: que el derecho natural *sirva de fundamento* al derecho positivo.[959] En relación al derecho civil, el derecho natural se muestra indiferente o bien proclive a la desviación. Como perspectiva de conjunto sirve la idea de que ambas formas del derecho corresponden al plan divino de la Creación.

Aun teniendo que aceptar que el derecho no es en detalle un derecho natural y que en los diferentes países pueden existir órdenes jurídicos diversos de acuerdo a la época -aunque, al mismo tiempo, en concordancia con el derecho natural- el derecho natural ha sido considerado como el fundamento de validez por antonomasia del derecho, en razón de que la naturaleza del orden del mundo y del ser humano requiere de la existencia del derecho. De ello se sigue que el derecho positivo participaría de la razón y que sería también algo derivado del derecho natural; y al revés: que no entraría en juego ningún tipo de ley en el caso de una violación del recho natural, sino que lo que allí se presenta sería, solamente, una corrupción de la ley.[960] Si esa corrupción no *constituye* ningún tipo de ley -a la manera en la que un tirano no es un rey- nadie le debe obediencia y, entonces, oponerse es algo permitido, si no es que necesario.

Como se ve, esta teoría concluye la validez/invalidez de todas las derivaciones del derecho natural a partir del esquema iusnaturalista perfección/corrupción. Según la opción que se presente en favor de uno u otro lado, la teoría legitima la obediencia o la sublevación

---

[958] El argumento es el siguiente: *Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere.* (IIa IIae q.57 a.e ad primum)

[959] Tal vez pueda arriesgarse aquí la conjetura de que una suposición de esta índole tendría sentido únicamente cuando, además del derecho civil, también exista el derecho público, *i.e.,* no antes del siglo XVII.

[960] *Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.* (Tomás de Aquino, op.cit. Ia IIae q.95 a.2)

u oposición -aunque todo esto en el supuesto de que lo que está en juego no es una mala voluntad ni un conflicto irresoluble de valores, sino que se trata siempre, únicamente, de un problema relativo al conocimiento correcto (o bien al error).

En el Estado territorial moderno esto resulta inaceptable. Ciertamente la esperanza de que Dios influya no ha desaparecido por completo, y esta expectativa se utiliza como forma final de la fundamentación del derecho. Pero hacia fines del siglo XVI es ya claro, para los fines de la práctica, el carácter decisivo de que el derecho se haga público con autoridad.[961] La religión contribuye ahora, sobre todo en la forma de guerras civiles, al desarrollo de un derecho y de una Constitución que respondan a ello. Por lo demás y en vista de la capacidad impositiva del derecho del Estado territorial moderno y de su necesidad de fundamentación, la existencia de un vínculo con la naturaleza se afirma ya únicamente en relación a la naturaleza racional del ser humano. El derecho natural se convierte, casi sin solución de continuidad, en derecho racional: transición en la que el conocimiento de la naturaleza de la razón es sustituida paulatinamente por una discusión acerca de los principios razonables para la fundamentación del derecho.[962] Sin embargo, el derecho racional había sido siempre un derecho revolucionario, por lo que podría -por lo menos esto es lo que se creía- ser convertido en derecho positivo después de la revolución. Se trataría de un derecho que habría que incorporar al derecho constitucional. Esta es la razón por la cual la ruptura no se puso de manifiesto tan abruptamente como, de hecho, se consumó. La circunstancia de que en las colonias americanas de Inglaterra se pudiera partir, en vista de las condiciones sociales especiales, de una mezcla bastante fuerte entre derecho natural y derecho positivo influyó favorablemente en todo ello.[963] Además, en notable coincidencia con el contexto nacional respectivo de los estados territoriales, la razón acepta, según parece, el contexto nacional del orden jurídico del Estado territorial de que se trate como si también sus diferencias fueran todavía razonables. Como sea, el que el derecho natural constituyera no sólo el fundamento de validez del derecho natural, sino, asimismo, el fundamento epistemológico del derecho en su totalidad siguió siendo algo que,

---

[961] Aparte del multicitado Bodin, véase, por ejemplo, Francois Grimaudet, Opuscules politiques, París 1580, fol.II: La ley sería la «souverain raison, empreinte par Dieu, qui commande les choses qui son á fair, & deffend les contraires, faicte et publiée para céluy qui a puissance de commander». Asimismo: «Car la loy est l'Oeuvre du Prince» El carácter transitorio de formulaciones tan enfáticas se pone de manifiesto en el hecho de que, de cualquier manera, se exige justicia del Príncipe y en que el autor se apega de manera inconsecuente a la distinción *rex/tyrannus* (fol.3v-4r), creyendo que las órdenes contrarias a la naturaleza -a diferencia de las transgresiones al derecho civil- no deben ser ejecutadas. Pero la afirmación inicial recuerda a John Austin y a otros positivistas jurídicos del siglo XIX, quienes, por supuesto, no apelan ya a Dios, sino a una política orientada a la opinión pública y conectada previamente a un proceso de instauración del derecho.

[962] Lo que de esta manera ocurre hace patente una comparación con la tradición anterior. En un escrito contra Hobbes, Matthew Hale argumenta todavía a partir de esta base: la razón (reason, reasonnableness) se encuentra en la relación de las cosas, en la congruity, connexion and fitt Dependence y precede a todo ejercicio de las facultades *(faculties*) humanas. El juez debe reconocer esta razón, inclusive ante un alto grado de inevidence of laws y de desventajas inevitables (mischiefs) de todas las soluciones de los problemas; debe confiar más en los 400-500 años de tradición que en las propias teorías. Esto de acuerdo con el manuscrito Reflections by the Lord Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe, publicado en: William Holdsworth, A History of the English Law, 3.ed., Londres 1945, reimp. 1966, vol. V, Apéndice III, pp.500-513.

[963] Según Gerhard Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und der Grundfreiheiten im Umriss, Berlín 1968,pp.56ss.

en principio, no suscitaba aún dudas de ninguna especie.[964] Esta situación se modifica en la medida en la que el derecho se convierte en algo positivo. La actividad legistalitiva aumenta de manera drástica y aunque hay conciencia de esto, no se la ve como un problema de refundamentación del derecho.[965] *El derecho reconoce ahora exclusivamente en sí mismo la necesidad de una transformación* (motivada de manera externa, se entiende), y una teoría que pretenda reflexionar sobre ello no puede, en todo caso, sino concebir conceptos valorativos o plantear problemas de legitimación, y esto requiere de nuevos intentos de síntesis. La nueva filosofía del derecho positivo, influida, por supuesto, por Hume -y, en cierto sentido, dejando de lado a Kant- intenta, por lo tanto, alrededor de 1800, encontrar una vinculación entre decisiones legislativas y principios empíricos fundamentales de la práctica jurídica; un intento en relación al cual se incluye, en todo caso, de manera secundaria, la racionalidad a partir de la comprobación histórica.[966] En este contexto, es probable que las codificaciones propias de la época hayan servido como material intuitivo, al mismo tiempo que como garantía de la posibilidad de una síntesis de tal tipo: trasfondo en el que la controversia Savigny/Thibaut resulta comprensible.[967] Todos estos desarrollos adquieren en la Modernidad un carácter irreversible, y ésta es también la razón por la cual en la práctica argumentativa actual se habla muy poco de lo que la razón por su naturaleza presenta como correcto al ser humano. Más bien, el comportamiento se considera como razonable y previsible en situaciones ya reguladas según el derecho positivo -por ejemplo, como participante en el tráfico de vehículos o en lo que se refiere a la atención que cabe esperar de un consumidor.[968] A fin de cuentas, la ruptura en relación a los fundamentos tradicionales del pensamiento jurídico no parece haber sido tan abrupta como para suscitar reflexiones epistemológicas especiales en el ámbito paralelo de la cognición.[969]

Al hacer énfasis en el derecho del individuo a tener intereses propios y proclamar, a partir de esta concepción, la libertad y la igualdad al lado de la autodeterminación como derechos humanos naturales, el nuevo iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII se rebela contra el orden heredado. En el contexto histórico, esto resulta comprensible cuando se reflexiona en que, a causa de los extensos ennoblecimientos políticos y los innumerables privilegios y dispensas -en tanto que excepciones del derecho generalmente vigente- la

---

[964] Cfr., por ejemplo, Jean Domat, Les loix civiles dan leur ordre naturel, 2. ed., París 1697, vol. I, pp. LXXIIIss.

[965] Véase David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge, Ingl. 1989, pp.13ss., que contiene datos numéricos acerca de Inglaterra.

[966] Para aspectos terminológicos, véase Jürgen Blühdorn, Zum Zusammenhang von «Positivität» und «Empire» im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts, en Jürgen Blüdorn/Joachim Ritter (Eds.) Positivismus im 19. Jahrhundert: Beiträge zu einer geschichtlichen und systematischen Bedeutung, Francfort 1971, pp.123-159 - particularmente acerca de la relación entre Hume, Pütter y Hugo; también, de manera pormenorizada: Giuliano Marini, L'opera di Gustav Hugo nelle crisi del giusnaturalismo tedesco, Milán 1969.

[967] Véase, en nueva edición: Jacques Stern (Ed.), Thibaut und Savigny: Ein programatischer Rechsstreit auf Grund ihrer Schriften, Darmstadt 1959. Cfr. también al respecto Franz Wieacker, Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Hahrhundert, en Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972,pp.354-362.

[968] Véase al respecto Jutta Limbach, Der verständige Rechtsgenosse, Berlín 1977.

[969] Así lo ve por lo menos Christian Atias, Epistémologie juridique, París 1985,pp.45ss.

Nobleza ya no podía ser entendida como un derecho natural, sino solamente como una institución del Estado, a pesar de que como antes, y con mayor énfasis, seguía haciéndose hincapié en el « abolengo de buena cuna», en la «raza», etc.[970] Esto permite formular, con el derecho natural a la individualidad propia, un principio neutral desde el punto de vista del estamento: un principio que ya no remite al derecho natural (entendido en el sentido antiguo), sino a restricciones del derecho positivo y a límites que la Constitución tendría que asegurar. La Constitución se convierte, así, en algo necesario para la restricción de las restricciones tanto de la libertad natural -«silvestre»- como de la igualdad de la misma índole -irrealizable como sociedad.[971]

Esta modificación, que podría describirse burdamente con nociones generales como absolutismo e individualismo, tiene también efectos sobre el añejo problema de la legitimidad de las desviaciones del derecho natural. La solución que ahora se le da pasa por las construcciones contractuales. La libertad natural se ve limitada, si no es que enteramente sacrificada, por el contrato social, el contrato de Estado, los contratos individuales. El énfasis libertario, que incluye una renuncia libre, esto es, contractual a la libertad, legitima al mismo tiempo la renuncia al derecho de sublevación, al igual que la sujeción del sujeto en el Estado absoluto.[972] Los logros civilizatorios de la libertad individual y de la sociedad ordenada -pacífica- por parte del Estado se presentan aquí, también, como desviaciones iusnaturalistas del derecho natural, i.e., como paradojas.

Otro punto de modificación es el relativo a la racionalidad de la actitud individual con respecto al derecho. Si se está sujeto al régimen del derecho natural, lo único que resulta racional es la observación del derecho y el seguimiento de sus indicaciones. El individuo no tienen ninguna oportunidad frente al derecho. Y, sobre todo: esto es válido en la misma medida para todos, independientemente de carácter y circunstancias. La consideración de la individualidad sólo puede encontrar expresión en el derecho mismo, ante todo, por supuesto, por parte de la diferenciación del *status*, de los roles, de las obligaciones contractuales. Esta premisa es objeto de una modificación cuando se está sujeto al derecho

---

[970] Para una breve visión panorámica de la diversidad de los criterios de nobleza, cfr. Arlette Jouanna, Die Legitimierung des Adels und die Erhebung in den Adelsstand in Frankreich (16.-18. Jahrhundert), en: Winfried Schulze (Ed.), Ständische Gesellschaft und Mobilität, Munich 1988,pp.165-177. Aun cuando, con ello llega a su término, en sentido estricto, el «derecho natural», podría pensarse también en un *ius gentium*, en vista de la difusión, a la sazón indiscutible en un plano histórico universal e internacional, de la distinción entre nobleza y pueblo común. Sin embargo, el *ius gentium* continuó interpretándose con base en las fuentes romanas. Véase al respecto Klaus Bleck/Jörn Gaber, Nobilitas: Standes- und Privilegienlegitimation in deutschen Adelstheorien des 16. und 17. Jahrhunderts, Daphnis 11 (1982),pp.49-114 (90ss.)

[971] Véase al respecto: Benjamin N. Cardozo, The Paradoxes of Legal Science, N.Y. 1928,p.94: «Liberty as a legal concept contains an underlying paradox. Liberty in the most literal sense is the negation of law, for law is restraint, and the absence of restraint is anarchy.» En exacta correspondencia, esto mismo es válido para la igualdad. La discutible compatibilidad de ambos derechos humanos reside, entonces, en el hecho de que en los dos casos hay que resolver una paradoja -aunque esto deba hacerse de diversas maneras que a su vez conducen a contradicciones. Utilizando una formulación ligeramente diferente podría decirse también que la estructura paradójica de ambos derechos humanos tiene la función de mantener abierto el futuro para una fijación y para el intercambio de fijación de restricciones. Cuando a esto se le llama «derecho natural». el concepto pierde toda conexión con el uso lingüístico habitual en la tradición.

[972] Con todo detalle al respecto: Diethelm Klippel, Politsche Freiheit und Reiheitsrechte im deutschen Naturrecth des 18. Jahrhunderts, Padeborn 1976.

positivo, debido a que el derecho mismo ya no expresa ninguna racionalidad obligatoria para el individuo. En el cálculo utilitarista de un Bentham, la mayor parte de la utilidad para un individuo puede residir en el rompimiento de las normas jurídicas; o, por lo menos, ya no resulta posible deducir la racionalidad para el individuo a partir de la racionalidad para todos. En las teorías contemporáneas del *rational choice,* de la «nueva economía política» o del análisis económico del derecho se extrae de todo ello la consecuencia de que la racionalidad del derecho debe calcularse en el plano de una observación de segundo orden: el derecho sólo es racional en la medida en la que se encuentra conformado de manera tal que para el individuo resulte racional ajustarse a él.

Esta reflexión muestra que el proceso de conversión del derecho en algo positivo se encuentra estrechamente relacionado con las innovaciones semánticas y estructurales que pretenden adaptar la sociedad a un mayor grado de individualidad de los individuos, renunciado a una racionalidad comprensiva que dicte condiciones cósmicas, religiosas o comunales a la conducta individual. La reformulación de los derechos a la libertad como derechos humanos posee también este mismo trasfondo de un proceso de conversión del derecho en derecho positivo gracias al Estado territorial.[973] Esto es válido, con especial extravagancia, para la afirmación de que el individuo sería el sujeto; es válido también para la literatura, especialmente para la novela moderna que concede al individuo una posición central; es válido para la nueva demografía y para el concepto de población que reemplaza también (desde la segunda mitad del siglo XVII, por un aislamiento generativo explicable en términos de evolución), el antiguo pensamiento de géneros y especies naturales; y es válido también, por último (en el contexto mismo de una transformación social y, asimismo, por razones idénticas), para el proceso de conversión del derecho en derecho positivo.[974]

Con todo ello, el carácter positivo del derecho se convierte en el *topos* de la autorrespresentación en la sociedad moderna. El hecho de que se trate de un término de la tradición constituye un impedimento considerable para la reflexión. Ni la connotación despectiva, ni la expectativa de un sentido «superior» se impiden de manera efectiva. La fundamentación humanística y antropológica del derecho positivo a partir de la «voluntad de los hombres» -a diferencia de la naturaleza de las cosas- pierde su referencia unívoca. ¿A qué o a quién se refiere esto? La fórmula de una *volonté générale* expresa de manera precisa esta confusión. Por otra parte, resulta difícil abandonar el voluntarismo de la tradición, puesto que, en última instancia, se trata de decisiones que fundamentan y realzan una validez jurídica, puesto que la teoría social en su totalidad todavía se formula en referencia a los seres humanos. Así, el problema de la arbitrariedad de la voluntad persiste como algo no resuelto o se traslada al postulado político de la democracia representativa. Sea lo que fuere, la semántica de lo «positivo» tiene la ventaja de estar colocada en el

---

[973] Cfr. Klippel, *op.cit.* (1976); además Wienfried Schulz, Ständische Gesellschaft und Individualrechte, en: Günther Birtsch (Eds.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen 1987, pp.161-179.

[974] Con todo detalle al respecto: Niklas Luhmann, Indiviuum, Individualität, Individualismus, en su: Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol.3, Francfort 1989, pp.149-258.

punto de intersección de diversas distinciones y, por lo tanto, de poder jugar con la idea de un intercambio de conceptos opuestos. Lo positivo *no es algo natural*, sino algo dado y que después, como decisión, debe ser observado. Lo positivo *no es algo especulativo*, sino algo que se encuentra fundamentado demostrativamente en hechos y leyes. Y lo positivo *no es tampoco algo negativo*. Estas distinciones, que en el señalamiento de lo positivo conservan su índole abierta se entrelazan en el siglo XIX,[975] y tal vez resida precisamente en esto el secreto del éxito del «positivismo». Resulta claro, en principio, sin embargo, que la diferenciación de un sistema particular de expectativas jurídicamente protegidas provenientes del campo total de las formaciones normativas socialmente corrientes sólo puede alcanzarse por medio de la positivización, es decir, únicamente por medio de la clausura recursiva del sistema. Y frente a ello, la única elección posible es la de considerar esto como ético; o, de otra manera, como insatisfactorio. Pero con todo ello se acepta la carga de demostrar la posibilidad de alcanzar de otra manera (de una manera superjurídica) la determinación clara de ciertos contenidos normativos, y considerarlos como vinculantes.

Aunque en nuestros días, a pesar de todos estos desarrollos, aún se hable del derecho natural, faltan todas las presuposiciones necesarias para ello, tanto en lo que se refiere al concepto de naturaleza mismo, como en las ciencias naturales. Es indudable que la necesidad de una fundamentación, a la que este concepto debe responder, no puede ser satisfecha por una continuación impensada de altos títulos tradicionales. Y esto resulta particularmente cierto en lo que respecta a un concepto de razón trascendental de corte kantiano desligado de la naturaleza, del que únicamente puede tomarse lo que Kant había previa y subrepticiamente introducido de competencia autojudicativa.[976] No puede sino sorprendernos la facilidad y la libertad contextual con las que puede disponerse en estos días de esos títulos y con las que se las hace intervenir como *stop* reflexivo o con las que se hace un uso indebido de las mismas para el reforzamiento de afirmaciones.[977] Es precisamente la idea misma de un derecho natural que ha acompañado el surgimiento del orden jurídico medieval, la transición al Estado territorial, el absolutismo, el absolutismo ilustrado y, por último, el proceso jurídico constitucional de conversión de los derechos humanos en algo positivo lo que ha demostrado su incapacidad de adaptación política. Ahora bien, si en nuestros días uno espera extraer de aquí una garantía contra un retorno teóricamente posible del nacionalsocialismo o de algún otro régimen de terror similar, lo único que podemos responder a ello es : la historia de esta fórmula autodescriptiva del sistema jurídico enseña lo contrario. Aun cuando uno se apegue firmemente también, como hace Habermas, a la exigencia de una fundamentación razonable del derecho para nuestra

---

[975] Al respecto, véase la docta discusión presentada en Jürgen Blühdorn/Joachim Ritter (Eds.) (cfr. nota 39), pp.27ss.

[976] Cfr. Joachim Lege, Wie juridisch ist die Vernunft? Kants «Kritik der reinen Vernunft» und die richterliche Methode, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 76 (1990),pp.203-226.

[977] Para un panorama crítico sobre estos problemas, véase Norberto Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, 2.ed., Milán 1972, en especial pp.159ss. La conclusión que Bobbio extrae del renacimiento presente de la teoría del derecho natural es que es evidente que no logra madurar.

época «postconvencional» y trate de indicar el camino que conduce a ello sirviéndones de una teoría del discurso, no es posible conciliar esto con una fundamentación iusnaturalista -y, en esa medida, rígida- del derecho.[978]

Aparte de lo obsoleto de la semántica, se encuentran también ausentes los fundamentos socioestructurales que en alguna ocasión parecieron hacer plausible el acoplamiento entre el derecho natural, el bien común y la justicia. En el antiguo mundo de las sociedades nobiliarias era posible encontrar en la justicia los fundamentos del orden jurídico. Por una parte, la justicia era la actitud idónea (virtuosa) en lo que respecta a la convivencia social. Por la otra, la justicia era aquello que correspondía al individuo, de acuerdo con el lugar que ocupaba en la sociedad -y tales lugares eran considerados algo fijo. La justicia representaba, por lo tanto, la perfección racional de la naturaleza (urbana, política, civil) social del ser humano, por lo que podía constituir un objeto de conocimiento en el que ciertamente podían cometerse errores, pero que resultaba imposible evaluar de otra manera. Desde un punto de vista socioestructural, en todo ello se suponía que también en los conflictos sociales subsiste la evaluación y el reconocimiento en el derecho preexistente de cómo y, en caso dado, según qué reglas juzgarían otras personas no participantes -y que esto es así a pesar de que para formular la decisión se requiera de un conocimiento jurídico especializado. Sería también posible trabajar, bajo tales condiciones previas, sirviéndose de fundamentaciones puramente ficticias de la validez jurídica, por ejemplo, con los mitos de fundación o con los supuestos acerca de un origen ancestral del derecho que desde entonces la práctica ha convalidado.[979]

Este mundo conceptual ha perdido sus supuestos socio estructurales en la transición a la sociedad moderna. A pesar de todos los esfuerzos para conservarlo y revivirlo,[980] en su forma auténtica y original no es reproducible. En caso de duda, la reflexividad social remite no al consenso, sino al disenso. *Reflexivity subverts reason* se afirma lapidariamente en Giddens.[981] Tampoco la polémica originada en la Modernidad temprana por Hobbes acerca de si la razón reside en las reglas y los principios del derecho mismo o si no reside, más bien, únicamente en la observación del derecho estatuido por la autoridad sobrevive al siglo XIX.[982] En su lugar, la teoría del derecho de la sociedad moderna ofrece dos modelos distintos de autodescripción -y lo primero que habría que notar es que no ha podido haber un acuerdo al respecto. Cada una de las partes de esta controversia -que también podríamos llamar la «polémica positivista» en la teoría del derecho- busca descubrir los defectos de la contraparte, no los defectos propios.

---

978 De acuerdo, explícitamente, a Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1991 (numerosas reimpresiones.)

979 Una fórmula retórica que se mantiene en la Inglaterra de la *Common Law* hasta muy avanzado ya el siglo XVIII.

980 Cfr., por ejemplo, Otfried Hoffe, Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Francfort 1987.

981 Véase Anthony Giddens, The Consequences of Modernity, Standford, Cal. 1990,p.39.

982 Véase al respecto: Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford 1986.

IV

La necesidad de una nueva concepción adecuada a la época se hace patente ya en el siglo XVI, con motivo de la reconstrucción del orden de los estados políticos después de la destrucción de la unidad religiosa y de su realización política en la idea de imperio. Con todo ello como nunca antes, el derecho mismo se convierte en garante del orden nacional e internacional -o, en todo caso, es esto a lo que aspiran innovadores como Vitoria y Suárez. Desde el punto de vista de la teología, la unidad perseguida de los órdenes político y jurídico sólo podía fundamentarse con los viejos medios del voluntarismo.[983] Las teorías del contrato social y del contrato de dominio -de las que se hace un uso intensivo- enfrentaban el problema de ser incapaces de eliminar el derecho de oposición de manera definitiva. A consecuencia de ello aparece una alternativa muy socorrida en las teorías de la inmediatez: Dios dispuso de manera inmediata al sobrerano para el ejercicio inmediato de la violencia. El doble uso de la palabra «inmediato» resulta aquí decisivo: no se trata de una violencia únicamente delegada que descansa en la institución del soberano por parte del pueblo, ni su ejercicio se encuentre en forma alguna ligada a un consenso, ni siquiera a la participación activa de los estamentos. Sin embargo, esta solución comporta, a su vez, el riesgo de depender enteramente de la cooperación de los teólogos-juristas y de encontrarse bajo el peso del problema de qué haya sido, en realidad, lo que Dios estaba pensando al imponer como soberanos a gobernantes tontos, belicosos, injustos o incompetentes.

Los intentos de reflexión acerca de la Common Law que en Inglaterra han sido repetidamente celebrados, desde el siglo XVII, como una peculiaridad nacional -independientemente del problema de qué tantas ideas canónicas se deslizaron en ella- ofrecen una variante de lo anterior rica en consecuencias e importante. Esta reflexión comienza con Edward Coke y el rechazo de las pretensiones regulativas de la Corona. Equivale ya a una teoría positivista del derecho, si bien en un ropaje iusnaturalista e histórico.[984] Por primera ocasión se llega aquí a una historización explícita de la validez jurídica. Enfrentada a una larga e ininterrumpida tradición de derecho, esa validez no puede ser plausiblemente reducida a un origen histórico fijo, debe hallarse en la sucesión histórica de la decisión al sopesar reglas ya dadas cuando se presenten nuevos casos.[985]

---

983 Esta historia se narra con frecuencia. Véase sólo a I. André-Vincent, La notion moderne de droit et le voluntarisme (de Vitoria et Suárez à Rousseau), Archives de Philosophie du Droit 7 (1963), pp. 238-259; Michel Villey, La formation de la pensée juridique moderne (Cours d´histoire de la philosophie du Droit), París 1968; Juan B. Vallet de Goytisolo, Estudios sobre Fuentes del Derecho y método jurídico, Madrid 1982, pp. 939 y ss.

984 Puede ser que la exposición en calidad de positivismo temprano suene un poco extraña. Pero el meollo del argumento consiste en que se trata de una praxis de decisión, histórica y siempre racional, y que esto convence, por sobre todos los dicursos, por el expounding, el declaring, el publishing the law, cuando el juez se ha encontrado con otras soluciones, y aun habiéndolas comprobado las rechaza. Véase, Para la dificultad de entender la Common Law como derecho positivo en el sentido del siglo XIX, a A.W. B. Simpson, The Common Law and Legal Theory en: Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series), él mismo como Editor, Oxford 1973, pp. 77-99.

985 El argumento es muy claro en el capítulo IV "Touching the original of the Common Law of England", del escrito póstumo de Sir Mathew Hale, The History of the Common Law of England, citado según la nueva edición de Charles M. Gray, Chicago 1971,

Independientemente de cuáles hayan sido las fuentes primigenias del derecho, el examen continuo del derecho por parte de los tribunales convierte al derecho en una Common Law.

El positivismo toma impulso semántica y estructuralmente desde la segunda mitad del siglo XVIII:[986] Con la excepción de Inglaterra, descansa en la suposición de una unidad entre el Estado y el derecho.[987] El derecho natural y el derecho de la razón viven de segunda mano, por así decirlo: viven de todas las reservas justificadas que puedan movilizarse en contra de esta solución del problema del orden. También la teoría del derecho se adapta, alrededor de 1800, al positivismo,[988] una situación que no excluye -y aún ahora sigue sin hacerlo- que, enfrentado a movimientos demasiado erráticos del legislador, por ejemplo, a leyes injustas, uno considere necesarios los criterios jurídicos propios de autocontrol del derecho.[989]

En nuestros días, después del desgaste que sus fundamentos cosmológicos han sufrido, el partido de la razón deriva en la autodescripción del sistema de los medios argumentativos propios de éste y, basado en ello (y fundamentándose en el sistema mismo), afirma que, de hecho, existe algo así como las buenas (y no tan buenas) razones, los principios razonables o los valores últimos como valores obligatorios del sistema.[990] En la actualidad, la discusión se centra en los escritos de Ronald Dworkin.[991] La dificultad reside en que la esperanza puesta en los fundamentos decisorios basados en la razón entra en colisión con la reflexividad social altamente desarrollada de la sociedad moderna.[992] Porque, en la medida en la que aumenta la comprensión en lo que se refiere a perspectivas diversas y se convierte en una exigencia del comportamiento civilizado, disminuye también la esperanza en la fuerza expresiva de los fundamentos comunes de las convicciones. De esta manera, la teoría de la razón se inclina cada vez más por una

---

pp. 39 y ss. De modo parecido en el escrito dirigido en contra de Hobbes: Reflections, en op.cit. El argumento convierte en nociva la pregunta por el origen extranjero que se ha mantenido en reserva (pp. 43 y ss., 47 y ss.). Desde otro punto de vista es notable la temporalización del argumento. Por cierto, la conquista de un país le da al conquistador el derecho (la guerra es "the highest Tribunal that can be"). Pero la siguiente pregunta es: desde cuándo se le concede este derecho, a partir de cuándo se considera que la conquista ya se ha realizado. Y la respuesta: cuando los sometidos empiecen a reconocer el orden del derecho del conquistador y a utilizarlo (1971. Pp. 48 y ss.).

986 Para el presente véase, por ejemplo, a Werner Krawietz, Recht als Regelsystem, Wiesbaden 1984, sobre todo pp. 166 y ss.

987 Esto explica por cierto la ligereza con que la representación teórica del catolicismo temprano es tomada del lado protestante. Véase tan sólo a Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca: Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955; Dreitzel op. Cit. (1970), pp. 188 y ss.

988 En retrospectiva la situación de ese tiempo no es fácil de juzgar, porque Kant mismo en la doctrina del derecho, en la metafísica de las costumbres, no utiliza su propio potencial crítico, de tal suerte que hay que leer la teoría del derecho kantiana, desde Kant contra Kant.

989 Tanto en la escuela histórica del Derecho como en la filofía positivista del Derecho existe desde un principio una desconfianza en contra del legislador -y esto porque en Alemania no existe ningún legislador nacional. Véase junto a Savigny también a Paul Johann Anselm en el discurso de toma de posesión de Feuerbach: die hohe Würde des Richteramtes, 1817.

990 Véase, por ejemplo, a Ralf Dreier, Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie, Francfort 1981.

991 Cfr., Taking Rights Seriously, Cambridge Mass. 1978; The Law´s Empire, Cambridge Mass. 1986. Véase también la discusión crítica en Habermas, op. Cit. (1992), pp. 248 y ss.

992 Véase también a Anthony Giddens, The Consequences of Modernity, Stanford Cal., 1990. P. 39: .."that the reflexivity of modernity actually subverts reason, at any rate where reason is undestood as the gaining of certain knowledge".

justificación exclusivamente polémica, con la tesis de que la renuncia a las razones, a los fundamentos o a los valores últimos y comunes deposita todo en manos de la arbitrariedad. Quien niegue esto es visto como alguien destructivo: como nihilista, anarquista, decisionista, oportunista, positivista. Resulta entonces tentador insinuar o abiertamente afirmar que tales teorías se encuentran en condiciones -pudiendo, dada la ocasión, conducir a ello- de legitimar cualquier delito en la sociedad y, sobre todo, de legitimar jurídicamente los delitos políticos.

Los positivistas consideran tales afirmaciones como una simple maniobra de distracción de los adeptos a los principios. Precisamente en lo que respecta a lo que resulta interesante para el positivista, estos últimos guardan silencio, pretendiendo no ver las dificultades con las que ellos mismos tropiezan cuando se trata de reespecificar los principios que han abstraido de la práxis del sistema. Lo que en tal caso ocurre es que falla la reductio ad unum y se desemboca en una serie de principios, en un conjunto de buenas razones y valores conflictivos entre sí y en la obligación de proceder -y aquí el calificativo se regresa como bumerang- de manera oportunista. Los adeptos de la razón no tiene una capacidad de reacción ante la falla de la función unificadora de la razón, ante la no deducibilidad lógica del sistema; no poseen una respuesta al problema de cómo decidir entre varios principios -por ejemplo: responsabilidad a partir de un contrato o responsabilidad a partir de una deuda. El positivista sí la tiene: en la referencia al derecho vigente.

Por supuesto, esto conduce, en primer término, únicamente al problema de qué sea aquello que tenga o no validez. En realidad, a nuestro modo, ya habíamos dado una respuesta al mismo con la teoría de un símbolo de validez circulante en el sistema clausurado. Sin embargo, esta es una descripción externa, no una autodescripción que se pueda hacer justiciable en el sistema. Es necesario, por lo tanto, distinguir entre el carácter positivo del derecho y el positivismo teórico-jurídico en tanto que autodescripción actuante en el sistema.[993] Un positivismo de esta índole ofrece una respuesta al problema de la validez sirviéndose del concepto de fuente del derecho.[994] Ciertamente, la metáfora de la fuente tiene su origen, aplicada también al derecho, en la Antigüedad, donde se la utilizó en general en referencia a contenidos iusnaturalistas.[995] Sin embargo, parece que con esto se

---

[993] Así también Hendrik Philip Visser´t Hooft, Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit, Droit 10 (1989), pp. 105-108.

[994] Véase, para un tratado exhaustivo, a Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Copenhague-Leipzig 1929. Una discusión antigua, aunque convencional, se encuentra en: Le Problème des Sources du Droit Positif, Annuaire de l´Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, París, 1934.

[995] Frecuentemente se cita ya tardíamente a Cicerón, De legibus I. VI. 20. Sin embargo, aquí se encuentra un empleo ocasional y sólo metafórico del término "fons" con una significación equivalente a la de "caput" (I. VI. 18). Para la equivalencia entre la metáfora de la fuente con la metáfora corporal véase a René Sève. Brèves reflexions sur le Droit et ses métaphores, Archives de philosophie du droit 27 (1982), pp. 259-262, Por cierto hace falta un trabajo de esclarecimiento a fondo de la historia de los conceptos. También se encuentran muchas indicaciones en la gran recopliación de Juan B. Vallet de Goytisolo, Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico, Madrid 1982. Véase también a Enrico Zuleta Puceiro, Teoría del derecho: Una Introducción crítica, Buenos Aires, 1987, pp. 107 y ss.

pensaba más que nada en la existencia de soluciones casuísticas.[996] Para el pensamiento jurídico romano y medieval la regla no había sido, en realidad, sino una brevis rerum narratio.[997] Lo decisivo era el *ius* que residía en el asunto mismo, es decir, el derecho que se había hallado justo. No podría, en consecuencia, hablarse tampoco de que la regla misma, como condición para la decisión derivada de ella, requiriera a su vez de una fuente de derecho que la legitimara. No es sino hasta la teorías contractuales de la modernidad (Grotius y Hobbes) y con la autoridad impositiva del derecho del Estado, así como con la creciente importancia de las codificaciones y las nuevas regulaciones estatales que se modifica la referencia y con ello el sentido de la metáfora de la fuente del derecho.[998] Sólo entonces ésta se convierte en un concepto que requiere que se le tome en consideración, un concepto significativo para la validez fundamentada de las normas jurídicas abstractas.

Las ventajas teóricas son evidentes. El concepto de fuente del derecho permite una identificación simple del derecho válido, haciendo superflua cualquier otra pregunta acerca de la naturaleza del derecho, acerca de la esencia del derecho o, inclusive, acerca de los criterios de delimitación entre el derecho y la costumbre, entre el derecho y la moral.[999] El concepto hace posible, además, la identificación del derecho como algo vigente, independientemente de cómo sean las situaciones de cada caso particular en las que se aplique, e independientemente de las personas participantes[1000] -todavía resulta obvio que el derecho no puede aplicarse aquí a personas del más elevado rango,[1001] pero esta circunstancia no se refiere a la validez, sino a la posibilidad de imponer el derecho. La metáfora de la fuente sugiere también, sin embargo, una ruptura con el «de dónde» del que la fuente misma surge.[1002] La metáfora funciona solamente cuando no se pregunta qué hay entre el antes-de-la-fuente y el después-de-la-fuente. Es difícil que, a la larga, esta estratagema resulte satisfactoria, pero es útil para un período de transición. No obstante, la insuficiencia se pone ya de manifiesto en el hecho de que una distinción muy parecida y paralela a ella se echa a cuestas la tarea de justificación, a saber, la distinción entre fundamento y argumento. Como sea, este punto de partida ofrece, según parece, mejores condiciones para el refinamiento, que el derecho de razón; aparte de que no excluye, sino

---

[996] Así en Vallet de Goytisolo, op. Cit., pp. 60 y ss.

[997] Así en Paulus, Digesten 50.17.1. Y por eso: non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod ex regula fiat.

[998] Sève, en la obra citada, ve el comienzo del incremento de significado de esta metáfora en el siglo XVI, y por cierto en el contexto de los intereses de los estados territoriales de ofrecer una mirada completa, una unidad y una simplifación del derecho. Compárese también con Hans Erich Troje, Die Literatur des gemeinen Rects unter dem Einfluss des Humanismus, en: Helmut Coing (comp.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1, Munich 1971, pp.615-795, sobre todo de la 700 en adelante.

[999] Véase para ello a Atias en el op. Cit. pp. 80 y ss.

[1000] Así se lee en Pierre Ayrault, Ordre, formalité et instruction judiciaire (1576), 2a. Ed., París 1598, p. 10: "Car il est des Lois, comme des fleuves. Pour considerer quels ils sont, on en regarde pas les contrées par où ils passent mais leur sources & origine".

[1001] Y no sólo la literatura de la razón de Estado, sino también la de los juristas como en Ayrault (op.cit. p. 111).

[1002] Por estas razones Jacques Derrida distingue entre pena y fuente en: Marges de la philosophie, París 1972, p. 325-363, en referencia a la distinción de Valéry entre fuente y origen -y esto sobre todo para ver con más agudeza que el problema de la posición de la diferencia se repite en el origen.

que incluye la cultura argumentativa, como lo muestran explícitamente los positivistas de la Common Law.

En especial la necesidad de hacer referencia al derecho precedente, en la Common Law del siglo XIX[1003], como reacción a la total positivización del derecho, condujo a la ampliación del concepto de fuentes del derecho.[1004] Ya no tan sólo la legislación, como su competencia autorizada, adquirió la validez de fuente del derecho, sino también la jurisprudencia. Esto, por sobre todo, significa que el derecho positivo de deshace de la relación con la fuente externa (el poder político aplicable), y en su lugar admite aquella fuente del derecho que puede decidir "fundamentadamente" -independientemente de lo que esto signifique.[1005] Entonces cae por su propio peso entender la dogmática jurídica, que acomete dicha fundamentación y la sortea críticamente, como fuente del derecho. Algunos tribunales -en algunos Estados más que en otros- empiezan a citar los productos de la doctrina -manuales de enseñanza y publicaciones que cuentan como enseñanza del derecho y que sirven, bajo circunstancias específicas, de vistos buenos.

La doctrina de las fuentes del derecho posibilita evadir la pregunta acerca de la naturaleza del derecho. Se hace necesario introducir algo que sirva de suplemento a este espectro tan amplio de pregunta, pero con eso el concepto de fuente del derecho se vuelve difuso -de la misma manera que el derecho fundamentado en la razón llega al problema de la multiplicidad en la unidad. A diferencia de la teoría del principio de razón, la positivista puede reaccionar a esto con prioridades claras, sobre todo en lo que concierne a la colisión de reglas. En caso de que surja una contradicción -que se puede resolver mediante interpretación (es decir: mediante una argumentación razonada), lo que vale es la ley y no el fallo del juez; lo que vale es del derecho y no la opinión doctrinal. No obstante este problema es soluble. Primero, el concepto de fuente del derecho designa aquel punto en el que la autodescripción se detiene y no permite que se siga preguntando. La amplitud de aplicación de este concepto lleva hasta el umbral en que se pude también afirmar: el sistema del derecho es la fuente del derecho. Pero claro, esto lo puede decir tan sólo un observador externo. El sistema de derecho está orientado hacia las asimetrías, está orientado hacia la regla de la contención, está orientado a hacer que las simetrías que acompañan a la metáfora de "fuente", se detengan. Y esto sin que esta intención (o "función"), al mismo tiempo, se nombre como fundamento (Grund) o como proto-fuente (Urquelle). No se debe argumentar tautológicamente, i.e., estérilmente. La metáfora de la fuente del derecho tiene la función de fórmula de contingencia en lo que respecta a la validez -así, como vista desde la teoría racional del derecho el concepto tiene una legalidad

---

1003 Para el punto exacto y su desarrollo posterior en el siglo XVIII compárese con Jim Evans, Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century, en: Laurence Goldstein (comp.), Precedent in Law, Oxford 1987, pp. 35-72.

1004 De otro modo también para delimitarlo. Sobre todo para descartar la idea de que la costumbre, sin reconocer los efectos del tribunal, sea una fuente del derecho.

1005 Los seguidores del movimiento del "critical legal studies" y grupos similares que argumentan con su propio entendimiento sociológico ven en esto que el positivismo devalúa su mercancía (signifique esto lo que signifique): le echan en cara su dependencia de la política.

material. La metáfora fuente del derecho transforma una tautología en una secuencia de argumentación y permite que algo externo, artificial y contingente, aparezca a la mirada interna del sistema como natural y necesario.

Mientras las Constituciones sean válidas y, por tanto, incontrovertidas, el positivismo puede apelar a la Constitución y con eso evadir las fuentes del derecho. Esta parece ser una solución que se impone, cuando las remisiones externas ya han dado de sí: religión (Dios); economía (maximalización del bienestar); política (aplicación de la fuerza pública); ciencia (condiciones de posibilidad del conocimiento del derecho). La Constitución es, como ya se mostró en el capítulo anterior, un texto autológico y, también, la autodescripción de una operación autológica. Ambas coinciden en que no pueden evadir su autoalineamiento dentro del objeto (el sistema del derecho). La consecuencia que se desprende de esta síntesis es que la interpretación de la Constitución desemboca en un doble lenguaje. Se habla de "derechos fundamentales" de cara a la justicialidad: al aparataje técnico de los derechos subjetivos, al derecho, a la capacidad de entablar una demanda, a la responsabilidad limitada... En cambio, se habla de "valores fundamentales" cuando se trata de un enaltecimiento semántico en aras de la legitimación del derecho. El apartado relativo a la justicialidad concuerda con la centralidad que juegan los tribunales en el sistema de derecho. La semántica de los valores expresa la inagotabilidad del sentido de la validez del derecho: por encima de toda validez fluctuante se puede remitir a un sentido formulado en el nivel de la fundamentabilidad -en términos modernos: en el nivel de la vida en común y libre. Se habla ya, a fin de llegar a la concordancia en esta diferencia, de que la Constitución se "sublima" (erhoben) a sí misma y de "supraconstitucionalidad".[1006] Aunque lo único que se logra con esto es la constatación de que más allá de todas las determinaciones debe haber algo indeterminado, que más allá de todo lo contingente debe haber algo absoluto.

Tanto la teoría racionalista del derecho como la positivista se pueden reconocer en que ambas se comprometen prácticamente con los resultados, y que no sólo los escabullen. En las más altas alturas de la razón, desde un paracaídas, están las indicaciones que se refieren al verdadero derecho; desde la tierra, con ayuda de binoculares, se pueden observar estas indicaciones. Apelando a la razón, apelando a formalidad y a la justicia del pensamiento -o a fórmulas parecidas- se despierta la impresión de que el derecho es un procedimiento que necesariamente produce consenso. Así, por ese camino no se va muy lejos. Por eso indefectiblemente se llega a los puntos fijos del derecho positivo. Pero ¿qué textos son lo que hacen posible llegar a esos fundamentos? Los positivistas creen en el concepto de fuente del derecho, en el sentido de un concepto que posibilita la distinción entre derecho válido y derecho no válido. Qué tan lejos y a qué tan diversos resultados lleguen estas dos diversas construcciones, es algo que sólo se puede responder en cada caso específico. Se sabe, en la actualidad, que el texto es el resultado de una interpretación

---

[1006] Así Stéphane Rials, Supraconstitutionalité et systématicité du droit, Archives de Philosophie du Droit 31 (1986), pp. 57-76.

y que ésta se debe probar precisamente en referencia al texto. En todo caso se trata tan sólo de descripciones externas, pero no de teorías sociológicas.

Finalmente debemos mencionar el desplazamiento tan notable en la discusión que se ha hecho visible en la última dos décadas. Así como en lo anterior, se han formado dos partidos -cosa indispensable en una controversia. El tema de esta discusión se ha alejado de la pregunta por el fundamento de la validez del derecho. Lo que ahora corresponde a la posición positivista está representada por aquellos que insisten en que las decisiones jurídicas deben fundamentarse a través de la valoración y sopesamiento de las consecuencias. Se habla con frecuencia de la valoración de los bienes y el sopesamiento de los intereses. Esta posición cuenta como positivista en la medida en que sostiene que la decisión jurídica (venga de la ley o del juez) es válida, aunque se reconozcan intereses y consecuencias distintas de aquellas que se tuvieron cuando se tomó la decisión. El partido contrario argumenta que hay contenidos de derecho que se deben mantener y que no se encuentran en esos sopesamientos. Winfrid Hassemer pone el ejemplo de la prohibición de la tortura. Esta prohibición debe respetarse aun cuando mediante la tortura de posibles testigos, se pudiera evitar un mal.[1007] Existe, pues, en este sentido, un fundamento jurídico intransable de cultura del derecho -por más que éste sea histórico y contingente. Aquí lo que habría que decir es que más bien se argumenta desde la necesarísima redundancia del derecho o, en todo caso, desde los valores específicamente propios del derecho. Estos autovalores expresan la relación del derecho hacia las personas y son formas de compensación de una referencia interna y externa que no se tiene a la mano.

Para aprehender estas (intermitentes) controversias -teorías positivistas y racionalistas; monismo sopesante, e insistente fundamentalismo jurídico de la validez-, puede ser de ayuda, remitirlas a las *Reglas*.[1008] Esto posibilitaría utilizar un sistema conceptual expresamente delimitado como modelo de observación del sistema, desde el sistema mismo. Frente a esto el observador externo del sistema -del cual él no forma parte- puede definirlo mediante su particular tipo de operación (incluyendo su autoobservación y su autodescripción). No debe descartarse que el propio sistema retome en su autodescripción un concepto tal de autopoiesis operativa, como compensación de todas las formas de externalización referidas a la interrupción de las simetrías. Pero entonces sería difícil identificar, en el sistema, la manera en la que él resuelve su propia paradoja y tautología, echando mano de la validez de la norma. Entonces tendría que ser, de nuevo, determinada

---

[1007] Véase Unverfügbares im Strafprozess, en: Festschrift Werner Maihofer, Francfort 1988, pp. 183-204.

[1008] Entonces es todavía soportable la discusión anterior sobre la generalización del concepto de fuente del derecho. MacCormick, en el op. Cit (1978), p. 61 lo formula en referencia a Hart: "It is useful to take it as a defining characteristic of legal positivism that every genuine positivist holdes that all rules which are rules of law are so because they belong to a particualr legal system, an that they belong to the system because they satisfay formal criteria of recognition operative within that system as an effective working order". También Hart permanece en las "*rules* of recognition", aunque su aclaración parece acercarse más a una práctica de reconocimiento. Para la crítica de esta delimitación refererida a las reglas (aunque el concepto de regla no se aclara en este contexto de teoría) véase a N. E. Simmonds, The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester 1984, pp 99 y ss.

la relación de la teoría de la reflexión con respecto a la propia operación del sistema. En todo caso no es el objetivo específico de la descripción externa resolver esa repercusiones. En tanto descripciones científicas, las descripciones externas encuentran sus premisas y objetivos en el sistema de la ciencia.

Dejando de lado estas dos posibilidades (interna y externa), de observación -posibilidades que hasta hoy no se han explorado-, en el derecho moderno impresiona el descubrimiento de que, al parecer, hay dos teorías que no se dejan disolver en una: racionalismo, positivismo; principios (aunque modernamente se hable de procedimientos) y fuentes del derecho. En una, el déficit se encuentra en los casos en los que se tiene que fundamentar la validez, abriéndose paso entre principios que entran en conflicto. En la otra, el problema está en aquellos casos en los que se requiere de justificación última de lo que ha de considerarse como derecho válido. Ninguna de estas posiciones hace justicia a la descripción del sistema a partir de la unidad misma del sistema. Validez y fundamentación acabada del derecho no llegan a coincidir y uno se tiene que decidir por el primado de alguna de estas versiones.

Pero precisamente éste es sólo uno de los problemas de la autodescripción del sistema. La descripción externa se tiene que contentar con afirmar : ¡Esto es así!

V

El carácter abierto de esta cuestión polémica puede resultar adecuado para describir su estado actual. No se requiere, sin embargo, que sea una respuesta última al problema de cómo es que el sistema jurídico refleja su propia unidad. Por su parte, la positividad y la razón son (o eran) formas tradicionales con las que el siglo XVIII intentaba entender una nueva situación -teniendo conocimiento de su carácter novedoso. Esto ocurría hace dos siglos. Las fórmulas autodescriptivas de la tradición se nos presentan en la actualidad como *obstacles épistémologiques* en el sentido de Bachelard.[1009] Se caracterizan por un grado demasiado bajo de complejidad, por la uniformidad y por sobreestimar las opiniones directrices. Es probable que en nuestros días puedan adoptarse otros enfoques en relación a los cuales quedara abierta, al inicio, la cuestión de su utilización para una autodescripción del sistema , o, como aquí ocurre, para una descripción heterorreferente del mismo.

El observador externo buscará, en primer lugar, una explicación, debido a la conformación de ambas fórmulas de la positividad y de la razón en el uso interno al sistema. Es notable, en general, que en la era del derecho positivo, el conocimiento jurídico se desvíe hacia la forma de la observación de observadores. En el derecho europeo continental se trata de una interpretación de la voluntad del legislador. La forma de la ley, la

[1009] Véase también, al respecto, para la tesis de la racionalidad y la soberanía del legislador Francois Ost/Michael van de Kerchove, Jalons, *op.cit.*pp.121ss.

forma de una *modificación* de una circunstancia jurídica anterior basta para suponer una intención. La promulgación de una ley no es lo único que le ocurre a un legislador: el legislador quiere lograr algo determinado, por lo que observa el mundo con la ayuda de una o más distinciones. La manera en la que haya que indagar sobre esta observación y, sobre todo, la manera en la que se la conduce -en el caso de leyes que han envejecido- a relaciones modificadas se convierte en un problema de método. Pero no se trata nunca, en relación a esto, de una investigación fáctica (sociológica) de motivos, sino tan sólo de los fundamentos que pueden proporcionar un sentido jurídico y que son susceptibles de una representación razonablemente apreciativa.

En la *Common Law* anglosajona, la transición a la positividad completa del siglo XIX se lleva a cabo por medio del reconocimiento del vínculo con las decisiones de precedencia. Pero con ello tampoco se hace referencia a la obligatoriedad mecánica en lo que respecta a las premisas de la decisión. Más bien, las observaciones, que como prejuicio resultan pertinentes a causa de casos anteriores, son observadas en lo que respecta a su *ratio decidendi* y a ello se orienta el problema de si uno tiene que seguirlas y en qué medida esto tenga que ocurrir.[1010] En las condiciones americanas de la C*ommon Law* la idea dominante es la de que los abogados deben observar al juez para determinar cómo es que éste observa y decide los casos.[1011] Éste sería el mensaje -sostenido con una serie considerable de variantes- del realismo jurídico. Todas estas versiones de la positividad del derecho no excluyen en forma alguna una orientación de acuerdo a los principios jurídicos fundamentales. Sin embargo, este último concepto no puede entenderse en nuestros días como aquello que permanece estable en la observación de la observación. De cierta manera, entonces, los principios jurídicos fundamentales son los «valores específicamente propios» del sistema que asegura su autopoiesis en el plano de la observación de observadores. ¿Y cómo podría hacerlo de otro modo? El conocimiento jurídico acaba allí donde ya no se puede saber cómo es que otros se orientan de acuerdo con el derecho. Un horizonte temporal más amplio -ya sea que se refiera a leyes antiguas o a decisiones jurisprudenciales futuras- sólo puede realizarse en el respectivo presente, en la actualidad propia por medio de una observación de segundo orden. De otra manera, la única posibilidad que nos resta es la de hacer lo que hacemos, la de apoyarse en la interacción entre presentes y la de esperar que todo salga bien.

El sustrato de esta separación de los perspectivas observacionales reside en la diferenciación de los sistemas -sobre todo en la diferenciación en las prácticas de los abogados, en los tribunales, en los departamentos jurídicos de las organizaciones y órganos legislativos, cada uno con sus diferentes límites externos en lo que se refiere al

---

[1010] Evans, *op.cit.*,pp.71ss. señala que la flexibilización alcanzada de esta manera debilita considerablemente la ruptura con la tradición que representa la transición al enlace de precedencia, esto es, la conversión de la *Common Law* en algo positivo.

[1011] El estímulo para ello proviene del pragmatismo de finales del siglo pasado. Cfr. Oliver W. Holmes, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897),pp.457-478. En relación a su desarrollo máximo alcanzado en los años 30, cfr., sobre todo, Jerome Frank, Law and the Modern Mind, N.Y. 1930.

entorno social. El nivel observacional y la posibilidad de entendimiento diferencialmente extensivo se encuentra garantizado por una formación común de los juristas y por la socialización profesional correspondiente. Sin embargo, sería muy limitado explicar el logro estructural únicamente en términos de una «profesionalización»:[1012] En nuestros días, la conformación de profesiones parecería ser solamente una solución limitada, cuyo origen se remonta a antiguas formaciones sociales. El problema del sistema jurídico reside hoy en la clausura operativa, en la autonomía inevitable a que ello conduce y en el desplazamiento a un plano observacional (autosatisfactor) de segundo orden de la autopoiesis. Un observador adicional observaría convencionalismo (o constructivismo), algo que no significa en absoluto que lo que se ofrece a su vista tenga un carácter arbitrario.

Las condiciones actuales de la autodescripción del sistema pueden describirse estructuralmente, según esto, como una autodiferenciación de un sistema funcional cerrado en sí mismo y operativamente dependiente de él mismo, al igual que como una construcción continúa de una *second order observing* en el sistema. Ambos casos se encuentran relacionados. En efecto, puesto que el sistema es clausurado, debe someter todas sus operaciones -con las que constituye y observa los asuntos jurídicos- a una observación por parte del sistema mismo que él mismo es.

Así, la razón se convierte en un símbolo de la autorreferencialidad del sistema. Por su parte, la positividad se convierte en la fórmula bajo la que los observadores de los observadores pueden ponerse de acuerdo en observar lo mismo, a saber: el derecho vigente. Y al revés: con la positividad se pone de relieve que todo derecho descansa en decisiones que pueden observarse y ser recordadas como tales, esto es, en relación a otras posibilidades. Y la razón implica el señalamiento de que, en el caso de una carga de selección de tales características, es necesario que existan fundamentaciones que, en última instancia, se fundamenten a sí mismas. Ambas fórmulas ocultan, con fines autodescriptivos, el hecho de que el sistema opera sin un sustento trascendental, sin ningún tipo de *periéchon* cósmico y sin ninguna intervención indicativa divina. Pero con ellas se oculta también la circunstancia de que el sistema depende, en lugar de eso, de innumerables acoplamientos directos e indirectos; a su vez, inadecuados, como fundamento de la validez del derecho. Las excepciones que se han intentado -el sujeto y su conciencia para la razón, por una parte, y la Constitución para la positividad del derecho, por la otra- ocultan las dependencias sociales y, en un sentido más amplio, ecológicas del sistema jurídico. Para poder ofrecer un fundamento a la reflexión, es necesario que tales excepciones condensen al máximo el problema de la unidad entre autorreferencia y heterorreferencia. Sin embargo, estas fórmulas pierden su sustento en sí mismas tan pronto

[1012] Sobre todo en los años 40 y 50 se presentaron tendencias de este tipo en relación con la obra de Talcott Parsons, The Professions and Social Structure, Social Forces 17 (1939),pp.457-467. Sin embargo, la dirección de este impulso tiene como objetivo llenar un hueco explicativo que las teorías utilitaristas del comportamiento social -hoy tal vez se diría: las teorías de la elección racional- habían dejado. Hemos reemplazado en el texto la perspectiva a la sazón dominante de la realización de relaciones de valor (Rickert, Weber) por el problema de la condición de posibilidad de una observación de segundo orden.

se nota que también esto último puede ser observado y descrito y se vuelven una en contra de la otra, como si la polémica pudiera reemplazar la fundamentación.

La razón se convierte en una cita [Zitat] y esto oculta el hecho de que no se sabe ya cómo continuar y que, no obstante, se quisiera saber que existen ciertas ideas que uno considera correctas. Apelando a la razón -en lugar de hacerlo, por ejemplo, a la propia experiencia- uno se coloca en posición de ser observado. «Mi argumento -se dice- tiene cierta fuerza» y, sin duda, éste puede ser el caso. Pero también la positividad de la validez del derecho posee esta función. En tanto que se tome el derecho vigente como punto de partida, se está expuesto a ser objeto de observación. Las observaciones se dividen de acuerdo con la distinción *de lege lata/de lege ferenda*, y uno remite a los observadores con quienes se tiene demasiadas divergencias (los observadores «críticos»), a la posibilidad de una modificación del derecho. Por lo tanto, la positividad del derecho puede entenderse también como la aceptación de modificaciones jurídicas. La vieja fórmula de vinculación con algo «más elevado» se reemplaza por una combinación de enlace y modificación, que se debe negociar constantemente. La distinción entre *de lege lata* y *de lege ferenda* desarrolla la paradoja de que el derecho tiene validez precisamente debido a su carácter modificable.

Tan pronto como el sistema se cierra autorreferencialmente en el plano de la observación de segundo orden, estas fórmulas resultan también reconocibles como directivas para la observación de los observadores. Las preguntas últimas deben traducirse de la forma «qué» a la forma «cómo». La pregunta ya no es: ¿Qué es lo que ha de considerarse como derecho con base en la fuente de derecho determinante?, sino que ahora lo que se plantea es ¿Cómo hace el sistema lo que hace? ¿Cómo encadena operaciones entre sí bajo una irritación permanente por parte del entorno?

Con ello, la clausura del sistema jurídico se convierte en el punto de partida para una nueva comprensión de las relaciones entre el sistema y el entorno. La teoría jurídica tiene la obligación -a su modo, se entiende, y orientándose de acuerdo a la unidad de su propio sistema- de ocuparse de las condiciones sociales de la autonomía funcional del sistema jurídico. De cualquier modo, no puede ver la unidad del sistema en el sistema sino desde el entorno.[1013] Pero esto no puede ocurrir ni con la fórmula terminal de la razón, ni con la fórmula terminal de la positividad de la validez jurídica de modo que pudiera resistir una comparación con los resultados de la reflexión de la tradición jurídico-filosófica.

VI

[1013] Citemos nuevamente a Spencer Brown, que encubre el problema con la oscurísima formulación de que: «We may also note that the sides of each distinction experimentally drawn have two kinds of reference. The first, or explicit, reference is to the value of a side, according to how it is marked. The second, or implicit, reference is to an outside observer. That is to say, the outside is the side from which a distinction is supposed to be seen..» (*Op.cit..p.69*) Pero el sistema del que hablamos es, al mismo tiempo, el sistema que produce la diferenciación, se señala a sí mismo y el que, con el lado externo que así se genera -a partir, y sólo a partir, de él- puede observarlo como unidad. Por lo tanto, el sistema debe observarse como si estuviera fuera , con las operaciones propias de la auto-observación y la autodescripción.

Hasta ahora hemos tomado como punto de partida una dificultad cuyo tratamiento se presenta como el problema de la fuente del derecho. La teoría de las fuentes permite distinguir entre derecho vigente y derecho no vigentes y, con ayuda de ello, concentrarse en el primero de éstos, considerándolo como si fuera *el* derecho. Otra distinción primaria por lo menos tan importante como la anterior es la relativa al derecho material y el derecho procesal. En especial, la vieja distinción entre diferentes fuentes del derecho pierde importancia cuando existe solamente el derecho positivo, mientras que el problema de la relación entre el derecho material y el procesal con miras a la realización de la unidad del orden jurídico la adquiere en mayor medida en lo que se refiere a la autodescripción del sistema.[1014] No es casual que la invención de la categoría de pretensión de derecho[1015] haya surgido en la época del florecimiento del positivismo legal. Tal categoría substituye con un concepto unitario de doble función jurídico-material y de derecho procesal la distinción entre *ius* y *actio*.

Se trata también de una consecuencia de la prohibición de la denegación de la justicia que hemos discutido anteriormente.[1016] Si cualquier problema jurídico puede presentarse para su decisión a un tribunal, debe existir un acoplamiento general correspondiente entre el derecho material y el derecho procesal. Éste se produce por medio de conceptos de enlace como pretensión de derecho, derecho subjetivo y sujeto del derecho. Ya en la segunda mita del siglo XIX se reconoce que, en estos intentos de determinar más exactamente en su contenido significativo estos conceptos, se trata, en realidad, solamente de una disposición subjetiva relativa a la demanda de protección jurídica.[1017] No se puede, bien a bien, obligar a alguien lastimado en sus derechos a demandarla, ni a aparecer ante un juzgado, pues puede perfectamente preferir no hacerlo debido a razones extrajurídicas de la jusrisdiccionalidad de la comunicación, esto es, a los límites del sistema jurídico. En la segunda mitad del siglo XIX se puede distinguir claramente este problema de la técnica jurídica de la «filosofía individualista».

Sin embargo, las descripciones sonoras y valorativamente enfáticas enlazan con el sujeto del derecho subjetivo. El derecho -se dice en el siglo XIX- sirve a la libertad del hombre frente a las presiones sociales: lo hace capaz de tomar decisiones propias. En nuestro siglo se piensa que el derecho sirve a la realización de «valores» dados a él de antemano y que se han convertido en algo positivo en la forma de derechos fundamentales como un condensado de una larga tradición humanística. Los derechos fundamentales son sobreinterpretados en su función jurídico-constitucional cuando se les entiende como

---

[1014] Importancia para la autodescripción. Es evidente que desde un punto de vista técnico-jurídico -por ejemplo, en el sistema jurídico de la *actio*- la tuvo siempre.

[1015] Véase, Bernhard Windscheid, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.

[1016] Véase el Cap.7, III y IV.

[1017] Véase, por ejemplo, August Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar 1878. En particular, esto resulta válido para el sistema de defensa jurídica [Rechtsschutzsystem] del derecho público, que debe ser reformulado nuevamente. En éste, las situaciones jurídicas requieren, en general, una clarificación en la medida en la que se concede la protección jurídica.

documentos de una actitud valorativa general con la que el derecho se obliga al servicio del hombre. De este modo, los enunciados acerca del sentido del derecho son formulados de manera que se satisfagan las exigencias técnico-jurídicas. El sentido de la unidad del sistema se pone de manifiesto en la diferencia entre derecho material y derecho procesal, en el acoplamiento entre estos dos componentes del sistema jurídico y en el elevado significado de los conceptos que permiten este acoplamiento, garantizando al mismo tiempo la inclusión del hombre en el sistema jurídico.

No es sino hasta en las dos últimas décadas que ha podido verse más claramente y, sobre todo, con una mayor dosis de escepticismo las exclusiones que todo ello implica. Si todo demandante debe aparecer como «sujeto», aunque sea como sujeto corporativo -como persona jurídica con la posibilidad de derecho- los intereses que se deben sostener jurídicamente deben ser individualizados de manera artificial. Esto supone, en la medida en que no puede partirse de los individuos, una organización. Sin embargo, los intereses colectivos no son susceptibles en su totalidad, ni mucho menos, de organización; sobre todo, no lo son los de los «afectados» y tampoco lo son los de un entorno protegido contra los efectos de la técnica.[1018] La forma, cuyo lado interno se encuentra constituido por el sujeto que tiene posibilidad jurídica, que califica para demandar o para ser demandado, posee, por lo tanto, un lado externo con todas las circunstancias e intereses que bajo el régimen del sujeto no pueden tener importancia como tales, sino que la tienen sólo como componentes de derechos u obligaciones subjetivos en el sistema jurídico. Esta unilateralidad puede conducir a una mayor exigencia de organización cuando se trata de articular intereses que se deben considerar jurídicamente y puede conducir también a una tendencia a declarar a las organizaciones como calificadas para la demanda cuando, en un sentido ténico-jurídico, no se trata de «sus derechos». Pero, con ello, cede ya la pinza que mantenía ligados al derecho material y al derecho procesal y se puede plantear el problema de por qué una organización puede, en su calidad de persona jurídica, abogar por derechos de los que no puede disponer; y, sobre todo, el porqué una persona jurídica de este tipo debe tener, como si se tratara de un individuo, la libertad de hacer o no hacer esto.

Desde el punto de vista de la sociología podría tratarse solamente de dotar a los agentes de un poder de negociación. Estos podrían amenazar con demandas, lograr moratorias, obligando a sus oponentes jurídicos a ponerse de acuerdo con ellos, a pesar de que no se trate en forma alguna de sus derechos. Esto puede tener sentido desde una perspectiva jurídico-política; sobre esto no tenemos que pronunciarnos aquí. Pero por ese medio se violenta la focalización autodescriptiva del sistema al sujeto "sujeto jurídico". La focalización tendría que ajustarse, como afirma Karl-Heinz Ladeur, a un pluralismo organizativo.[1019] Pero, en tal caso, el hombre individual no sería ya sino un residuo de

---

[1018] Véase al respecto Christian Sailer, Subjetiktives Recht und Umweltschutz, Deutsches Verwaltungsblatt 91 (1976), pp.521-532.

[1019] Véase: Gesetzesinterpretation, «Richterrecht» und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive: Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77 (1991), pp.176-194; cfr.

intereses cuya organización no merece consideración. La autodescripción del sistema jurídico podría, como antes, remitirse a valores y externarse con ellos. Pero éstos estarían dotados, gracias a las organizaciones, de una dinámica propia, mientras que EL HOMBRE no sería ya objeto de consideración empírica como ser individual que vive para sí mismo, sino tan sólo como el punto de fuga en el que convergen en lo indeterminable todos los valores.

Sea como fuere, trátese de seres humanos individuales o de organizaciones, el sistema jurídico está obligado a ajustar su autodescripción a un entorno en el que los sistemas autorreferenciales producen turbulencias que no pueden controlarse desde ninguna posición y que, con mayor razón, no pueden ser ordenadas jerárquicamente. Es ésta precisamente la base a partir de la cual deben reproducirse las expectativas en la forma de normatividad contrafáctica -y si esto ya ocurría antes, hoy en día lo hace con mayor justificación. El sistema jurídico mismo ha reaccionado a ello de distintas maneras: por medio de la positivización de la validez jurídica; por medio de la dogmática de los derechos subjetivos que se desprende de la relaciones de reciprocidad previamente dadas; por medio de listas de valores (casi quisiera uno decir: por listas de espera) que garantizan la unidad en forma de principio que requiere de una «ponderación» en todos los casos que requieran de decisión; por medio de un desplazamiento de los puntos nodales en dirección de un *due process*, i.e., en dirección de garantías procesuales que dan por supuesto que la decisión no es aún definitiva y que, por lo tanto, se basan, desde el punto de vista institucional, en la incertidumbre autogenerada del futuro, cumpliendo, a pesar de ello, su función.

El problema de si uno quiere o no mantenerse en esta situación a resguardo del concepto de «positividad» del derecho y del de «positivismo» teórico forma parte, en mayor o menor medida, de la táctica semántica. De ser afirmativa la respuesta al mismo, tendría que abandonarse la idea de una composición basada en la autoridad del derecho, la idea de una fuente de validez ubicada detrás de ella -que, por así decirlo, trascendiera hacia arriba al derecho. Ni el Estado, ni la razón, ni la historia legitiman el derecho. Por supuesto que puede haber teorías de este tipo, y, de hecho, las ha habido en el pasado y las hay en el presente. Pero si se les describe como autodescripciones, se exige de ellas una inserción al *modus* del observador de segundo orden. Deben aprender a pensar en ellas mismas como autodescripciones de un sistema que se describe a sí mismo; de otro modo se convierten en algo anacrónico -uno de los logros más importantes de la teoría del derecho de Jürgen Habermas es justamente haber reconocido este carácter de ancronismo a todo recurso a la historia natural, a los principios morales o a la razón práctica. Lo único que nos queda es, entonces, un reconocimiento de la inevitable diversidad de las perspectivas observacionales, inclusive dentro del mismo sistema. Lo que nos resta es la generación

---

también, del mismo autor, Postmoderne Rechtstheorie: Selbsreferenz-Selbstorganisation-Prozeduralisierung, Berlín 1992, en especial, las observaciones acerca de la discusión fundamental, pp.176ss.

constante de contingencias como valores específicamente propios, renovados por la recursividad del sistema jurídico. Bajo estas condiciones generales se hace necesario encontrar autodescripciones capaces de sostenerse en nuestros días.

VII

Sin duda, es demasiado pronto para hacer un juicio final de las posibilidades de una autorreflexión del derecho de la sociedad moderna. Esto tiene validez también en lo que respecta al papel que una teoría sociológica puede desempeñar en este contexto. En este momento se multiplican los signos de inseguridad que poseen fuentes muy distintas. El problema que acabamos de abordar acerca de que la atribución subjetiva de derechos no es ya satisfactoria, aunque no pueda prescindirse de ella, constituye tan sólo una de las razones de ello. Otra consiste en el hecho de que las decisiones jurídicas se ajustan y adecuan cada vez más a la previsión de las consecuencias y a la justificación de las decisiones por sus consecuencias, sin que puedan superarse, de acuerdo con la dogmática jurídica, los problemas ligados a ello. En lugar de esto, lo que se hace es disminuir los aspectos jurídico-dogmáticos y reemplazarlos por el paradigma vacío (que va desde desde lo flexible hasta lo inexpresivo) de la ponderación de los intereses y de los valores... Pero tampoco la teoría del derecho, en la que se habían depositado tantas esperanzas ha contribuido, hasta ahora, a una consolidación suficiente. De manera obstinada se imponen los más diversos tipos de «intentos» y las más diversas importaciones. Al presente todo esto sirve como motivo para su aceptación como un hecho y para declarar la situación como «posmoderna».[1020] Sin embargo, todo ello no hace sino confirmar lo que de todas maneras resulta visible: que en la actualidad el sistema jurídico produce una mayoría de autodescripciones, suscitando también, por lo tanto, problemas de inconsistencia, en relación a los cuales ya no pueden ponerse de acuerdo las diferentes corrientes.

Sea como fuere, el concepto de «posmodernidad» conduce a un camino errado. En él se subestima la continuidad estructural de la sociedad moderna, sobre todo la continuidad de los efectos -al igual que antes- ininterrumpidos de la forma de diferenciación que se orienta por funciones. Por lo demás, el concepto permite que el pasado, y, concretamente, también, las autodescripciones hasta ahora presentadas del sistema jurídico de la sociedad moderna, aparezcan como algo más cerrado de lo que en realidad han sido.[1021] La doble perspectiva de positivismo y razón (o legalidad y legitimidad) muestra

---

[1020] Véase el número 13 (1989) de la revista Droit et Société dedicado al postmodernismo. Y, desde entonces, por ejemplo, Boaventura de Sousa Santos, Toward a Post-modern Understandig of Law, Oñati Proceedings 1 (1990), pp.113-123; André-Jean Arnaud, Legal interpretation and Sociology of Law at the Beginning of the Post-Modern Era, Oñati Proceedings 2 (1990)pp.173-192. Con problemas muy relacionados también Karl-Heinz Ladeur, «Abwägung» -ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 69 (1983),pp.463-483; de él mismo, «Abwägung» -Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Francfort 1984, y, de manera más explícita, también su obra de 1992 citada más arriba.

[1021] Véase, sobre todo, Arnaud, *op.cit.* (1990)

ya que no ha habido, desde que tuvo que renunciarse al modelo jerárquico de las fuentes del derecho, ninguna otra descripción ecuánime y armónica. Es evidente, de acuerdo con esta versión, que la semántica de la posmodernidad se diferencia de la semántica de la modernidad únicamente porque esta última busca la unidad en el futuro, mientras que aquélla pretende hallarla en un pasado que rechaza la tradición. Habría que conceder, igualmente, una consecuencia de todo esto: el hecho de que ahora la unidad sólo puede buscarse en puntos de fuga insufientes, pero, en cualquier caso, ya no como un presente actual.

En nuestros días es poco lo que puede decirse en favor de la expectativa de que la teoría sociológica en general y la teoría de la sociedad en particular puedan tener aquí alguna utilidad y contribuir con algo digno de mención a la autodescripción del sistema jurídico. En comparación con la situación que prevalecía alrededor de 1900, más bien se ha dado en ambos campos un proceso de contracción, un proceso de revocación de esperanzas que pueden ser puestas en relación con la *grand theory*. Las reflexiones anteriores permiten hacer comprensible esto, aunque no obligan a ver en ello una respuesta final.

Como se puso de manifiesto en la sección II, la autodescripción del sistema jurídico toma como punto de partida el código de éste. La descripción sociológica usual del aparato jurídico ha desarrollado enfoques completamente diversos, de hecho, prácticamente contrarios -y subversivos si se toma en cuenta el parecer de los juristas. En ella el interés se centra principalmente en aquellas diferencias en la práctica jurídica que *no* están previstas en el derecho mismo y que jurídicamente no pueden ser legitimadas *sin ser, por esa misma razón, identificables como jurídicamente improcedentes*. En ella se violentan -de hecho, se ignoran- las metas del código binario, la esquematización en términos de lo conforme (o lo discrepante) con el derecho de la totalidad de las operaciones del sistema jurídico. Para esto se sirve uno, en la mayoría de los casos, de métodos estadísticos que permiten preservar al caso singular su buena conciencia, pero que, en conjunto, muestran un tipo de relaciones enteramente diferentes al que resultaría de la generalización de las decisiones de los casos individuales o de las reglas válidas para ello. Una buena visión de conjunto al respecto la ofrece Donald Black.[1022] La sociología establece, entonces, que, por ejemplo, la

[1022] Sociological Justice, N.Y.-Oxford 1989, pp.3ss. Reproduzco aquí la tabla sinóptica (p.21) porque pone de manifiesto, de manera particularmente clara, la discrepancia:

	Jurisprudential Model	**Sociological Model**
Focus	Rules	Social Structure
Process	Logic	Behavior
Scope	Universal	Variable
Perspective	Participant	Observer
Purpose	Practical	Scientific
Goal	Decision	Explanation

Quizás habría que notar también que por estructura social no se entiende otra cosa que las relaciones entre las características sociales de las personas.

abrumadora mayoría de los debates jurídicos no se deciden en absoluto en procesos formales, sino que se ventilan, «de alguna manera, de otra forma»; que el *status* social tiene efectos -concretamente, efectos que se manifiestas de modo diverso, dependiendo de que los participantes que se enfrenten tengan el mismo status o que su rango sea diferente; que los problemas jurídicos se abordan de manera diversa en relaciones de vida densas y continuas (íntimas) y en donde se presenta una mayor distancia social; que es importante si los demandates o los demandados son individuos u organizaciones, etc. Mientras que el jurista se apega a las normas cuando se trata de predecir decisiones, el sociólogo investiga las características sociales del caso. Mientras que el jurista, animado por la autodescripción del sistema jurídico, trabaja con el objetivo de que los mismos casos sean decididos de la misma manera, movilizando análogamente razonas jurídicamente sostenibles para las diferencias, lo que el sociólogo hace es establecer que, desde un punto de vista estadístico, aparecen diferencias jurídicamente no explicables para las cuales es menester buscar una explicación sociológica. Y mientras que el jurista se interesa en el pronóstico y la influencia argumentativa de las decisiones de casos particulares, el sociólogo se conforma con pronósticos que tengan una firme base estadística, y no le interesa ni le irrita saber que los casos individuales se deciden de acuerdo a la ley.

Sin duda alguna, esta diversidad de las descripciones se encuentra relacionada (como a cualquier jurista le resultará obvio), con una diversidad en lo que se refiere a la sensibilidad para las diferencias. El sociólogo requiere para sus análisis estadísticas sustentadas en categorías toscas que produzcan muchos casos iguales; está obligado a pasar por alto las diferencias finas. Por el contrario, el jurista practica un elaborado arte de diferenciación para poder llegar a resultados que le parezcan justos. Para él, el homicidio no es de manera inmediata un homicidio, el estupro no es inmediatamente un estupro. No le resulta difícil, por lo tanto, juzgar de manera diversa la violación de una mujer negra cometida por un blanco y la violación por parte de un negro de una mujer blanca, y es capaz de encontrar en los casos otras diferencias que no sean necesariamente las diferencias de raza y que hacen sostenible la decisión. Se dirá: el jurista puede ocultar sus prejuicios escudándose en otras categorías. Sin duda. Pero es también un prejuicio que el sociólogo opere con base en criterios que producen en un tiempo dado el mismo tipo de casos y que resulten adecuados para un análisis de crítica social.

Por lo demás, aún concediendo la calidad científica de los análisis sociológicos -y esto únicamente puede ocurrir adentrándose en las investigaciones particulares- su comprensión del objeto sigue siendo insuficiente, justo en relación al aspecto que nos interesa en este momento. En ese análisis no se toma en cuenta la circunstancia de que, en el caso del sistema jurídico, se trata de un sistema clausurado en su operación, autopoiético y autodescriptivo. El sistema jurídico no puede obtener ningún beneficio de los análisis sociológicos; no puede, por su parte, utilizar los hechos estadísticos como reglas que hay que considerar cuando haya que tomar decisiones. No es necesaria una justificiación

adicional del hecho de que el sistema jurídico no «utilice»[1023] los descubrimientos de la sociología, ni puede esta circunstancia ser motivo de «crítica» -por ejemplo, en el sentido del movimiento de los llamados *critical studies*. Todo uso de distinciones supone un punto ciego específico; y si esto es, en general, válido, tiene poco sentido reprochárselo a otros y evitar la consecuencia autopoiética en relación a sí mismo.

El análisis empírico convencional de la sociología del derecho no describe, por lo tanto, en forma alguna, el sistema jurídico como un sistema jurídico. Da cuenta de su objeto parcialmente. Es posible que esta sea la razón por la que el abismo entre descripción interna y descripción externa parezca mayor de lo que realmente tendría que ser. De cualquier manera, una teoría sociológica más compleja que reflexione acerca de la diferencia como una consecuencia de la diferenciación del sistema podría muy bien hacer comprensible el porqué esto es así y presentar al mismo tiempo conceptos de mediación provenientes de la descripción externa (sociológica).

Un análisis conceptual de nociones como la de reflexión o la de autodescripción permite comprender el hecho de que es necesario abandonar la expectativa de una sola descripción correcta del objeto cuando la descripción misma forma parte de su propio objeto y, por lo tanto, éste experimenta una modificación al realizarse aquélla. La producción de una teoría del sistema en el sistema mismo modifica el sistema; el objeto de la descripción se altera al efectuarse la descripción. La consecuencia de ello es que resulta posible tener otras descripciones que, tal vez, también sean correctas. Esto es válido cuando se efectúa una autodescripción de la sociedad, lo mismo que para la realización jurídica de una autodescripción del sistema jurídico. En ambos casos, uno se enfrenta, debido justamente a las condiciones de la operación, a una pluralidad imprescindible de identificaciones posibles: *fragmenting into versions*, como las califica Jonathan Potter.[1024] Por lo menos en relación a esto, tendría que resultar posible un acuerdo; lo que en la práctica significa: no existe una autoridad del conocimiento que como puesto superior fuera correcto. En su lugar, la comunicación de alta pretensión se traslada al plano de la observación de las observaciones, al plano de la observación de segundo orden. Esto permite grandes -¿demasiado?- libertades, al poder usar cada quien el esquema que mejor le acomode para observar lo que le parece ser digno de ser notado en los otros. Es así que puede desarrollarse un interés sociológico en la procedencia de los jueces en cuanto a estrato o algo parecido a clase, y si bien esto puede, por supuesto, llevar a algunas conclusiones

---

[1023] Nos topamos aquí con la exigencia de Black, *op.cit*., pp.3ss. de que, como consecuencia de la especificidad de su pretensión de alcanzar un carácter científico, el análisis sociológico del derecho tendría que renunciar a una crítica (que implicara rechazo) del aparato jurídico y conformarse con la exposición y con la utilización continuada de los resultados de su investigación.

[1024] Véase: En relación a la sociología de la ciencia: What is Reflexion about Discourse Analysis? The case of Readings, en: Steve Woolgar (Ed.), Knowledge and Reflexivity: New Frontiers in the Sociology of Knowledge, Londres 1988, pp.37-53 (43ss.). Cfr. también los capítulos sobre Vielfältige Versionen der Welt y sobre Vielfältige Versionen von Beziehungen en Gregory Bateson, Geist und Natur: Eine Notwendige Einheit, trad. alemana, Francfort 1982.

exactas, no debe formar parte de la fundamentación del juicio.[1025] Todo ello resulta interesante solamente para el sociólogo ya interesado en tales cuestiones, y si se intenta llevarlo al ámbito de la política -que en este caso aparece con el nombre de «reforma»- probablemente entraría en colisión con el principio jurídico de la independencia de los tribunales y del acceso formalmente igualitario a los puestos.

Sin embargo, nuevos desarrollos teóricos podrían plantear ir un poco más lejos. Podemos imaginar que la *teoría misma*, en cuanto *forma de acoplamiento estructural del sistema de la ciencia, se utilice junto con las teorías de la reflexión de los sistemas funcionales*. Esto supondría haber realizado, en este punto de contacto, el mecanismo formal del acoplamiento estructural, esto es, la canalización de la irritación por medio de la inclusión/exclusión de las posibilidades. Como es fácil ver, este sería un procedimiento autológico, porque el concepto de acoplamiento estructural es, a su vez, un concepto de la teoría que, de esta manera se instaura a sí misma. La separación de clausura operativa y autonomía funcional de los sistemas individuales, esto es, aquí: la del sistema jurídico y el sistema de la ciencia, podría seguir preservándose. Al igual que antes, en el sistema jurídico se trata de cultivar las expectativas de normatividad, mientras que, en el de la ciencia, de la investigación. Como antes, seguiría siendo válido que a partir de hechos no pueden concluirse normas y que cualquier engaño al respecto podría ser prohibido. Sea como fuere, con una conceptuación idóneamente elegida podría instaurarse un mecanismo de acoplamiento estructural. El sistema de la ciencia se vería confrontado entonces con la pregunta permanente de cómo es que pueden manejarse los sistemas autodescriptivos, que para él resultan objetos de investigación. Por su parte, el sistema jurídico podría proporcionar a su propia reflexión los logros conceptuales de la teoría de los sistemas autorreferenciales, en la medida en la que ésta funcione de manera científicamente normal. Pero también en este caso, la selección debe estar reservada al sistema receptor. Los sociólogos desean hacer propaganda en favor de sus teorías. Pero los juristas saben que la propaganda que se se hace de un producto no significa necesariamente la aceptación de la responsabilidad de sus posibles defectos.

Tengamos presente, entonces, que la idea de que la teoría es un mecanismo de acoplamiento estructural del sistema de la ciencia y las teorías de la reflexión de los sistemas funcionales no obliga necesariamente a la aceptación de las teorías expuestas de determinada manera. Ciertamente, en el concepto mismo de acoplamiento estructural pueden encontrarse condiciones de idoneidad; o, en todo caso, se plantea con ello un problema cuya solución no puede ser arbitraria. Pero si es, en absoluto, posible mostrar que existen aparatos téoricos adecuados para una tarea de tal índole, ello sugiere asimismo que podrían existir también otras posibilidades. Porque, en general, lo que es posible resulta también posible de otra manera.

[1025] El problema de dos verdades es también la dificultad que la sociología clásica un callejón sin salida. Para un panorama sobre esta discusión cfr. Volker Meja/Nico Stehr (Eds.), Der Streit um die Wissenssoziologie, 2 vols. Francfort 1982.

VIII

Ni las formas de la autodescripción del sistema jurídico, que hemos discutido anteriormente, ni su localización por medio del observador externo llamado sociología se remontan a un problema al que ya hemos aludido en diversas ocasiones: la paradoja. La descripción misma constituye una empresa paradójica porque trata la descripción interna como si ésta fuera de índole externa y pudiera proporcionar información sobre contenidos objetivos. Sin embargo, ésta es sólo una entre muchas otras versiones de este problema fundamental. Ya habíamos visto que el código del sistema se convierte en algo paradójico cuando se aplica a sí mismo, y que los esfuerzos en torno de la formula de contingencia llamada justicia ocultan que lo que está en juego allí es el desarrollo de una paradoja. Estos análisis no pretenden ser entendidos como una «deconstrucción» de todos los principios del derecho, pero sí ponen de relieve el hecho fundamental de que toda pregunta por la unidad de una distinción -o, dicho de otra manera, todo intento de observar el esquema de observación- conduce a una paradoja, esto es, a una oscilación entre dos posiciones opuestas, derecho/no-derecho, interno/externo, igual/desigual, que ni conforman una memoria, ni generan complejidad estructural, ni pueden garantizar una capacidad de enlace. En otras palabras: así no puede operar el sistema jurídico.

Por otra parte, el sistema del derecho está obligado a incluir -y a no excluir-[1026] precisamente la negación de esta autonomía y la negación de todas las convenciones que la sustentan, si es que pretende garantizar su propia autonomía. O dicho de otro modo: debe incluir lo excluido y con ello contravenir exigencias lógicas como el principio del tercero excluido, el de no contradicción o inclusive la suposición de identidades libres de oscilación. La reconstrucción de lo que aquí ocurre (si es que ocurre) requiere o bien de lógicas transclásicas, por ejemplo, en el sentido de Gotthard Günther, o bien de un análisis suficientemente preciso de la manera como el sistema maneja lo que para él debe permanecer como algo latente; requiere o bien de una disposición sobre los valores de rechazo que permiten suspender[1027] las distinciones sugeridas primariamente -por ejemplo, desde el punto de vista lógico-veritativo: verdadero/falso; o, desde la perspectiva de la teoría de sistemas: sistema/entorno, suponiendo la referencia al sistema-; o bien la admisión del punto ciego de toda operación observacional, la cual, sin duda, puede ser desplazada (pero no ser eliminada) por otro instrumentario de observación.

También desde aquí pueden analizarse los acortamientos que resultan imprescindibles si es que ha de representarse la unidad del sistema en el sistema. Los textos solamento son objeto de consideración cuando tienen vigencia. En última instancia,

---

[1026] Al respecto, véase Jean-Pierre Dupuy, Zur Selbst-Dekonstruktion von Konventionen, en Paul Watzlawick/Peter Krieg (Eds.), Das Auge des Betrachters -Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift für Heinz von Foerster, Munich 1991,pp.85-100.

[1027] Al respecto Gotthard Günther, Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations, en su obra Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik, vol.1, Hamburgo 1976,pp.249-328 (287ss).

las figuras de fundamentación tienen una base dogmática. La justicia no se afirma en su función como fórmula de contingencia, sino como valor. Todo ello provoca la interrupción del círculo mismo de autoafirmación y autonegación en el sistema. La autonegación es excluida. Al sistema le resulta evidente, por ejemplo, que orientarse de acuerdo con la distinción derecho/no derecho es conforme (y no discrepante) con el derecho. El sistema debe tomar esto como punto de partida.

Tal y como Jacques Derrida ha mostrado al analizar la relación entre filosofía y escritura, lo imprescindible es implicado no como algo del mismo rango, sino como algo secundario, a manera de «suplemento».[1028] Una relación simétrica se jerarquiza como primaria y secundaria. Ciertamente, esta solución puede ser «deconstruida» cuando se pone al descubierto el secreto de su arbitrariedad. Pero, en tal caso, la deconstrucción misma puede ser deconstruida, probando que un retroceso de este tipo no conduce a otra cosa que a la paradoja del origen (o del inicio), algo que cualquier sistema ha dejado ya tras de sí.[1029] En consecuencia, preferimos representar las formas del desarrollo de la paradoja como formas del proceso de hacer invisible la paradoja, sabiendo bien que puede manejarse de esta manera. Nos mantenemos en la posición de un observador de tercer orden, de un observador de la auto-observación y de la autodescripción del sistema. Uno descubre entonces que lo ilógico de este corte fundacional -o también: de este paso fundacional-, de estas *différences/différance*, en el sentido de Derrida, es al mismo tiempo el punto en el que a uno le resulta evidente la capacidad de adaptación histórica, la actualidad de las semántica.[1030]

Un sistema sólo puede -y, a la vez, no puede- fundamentarse de manera paradójica. Pero le es posible salvarse luego con una *re-entry* de la diferencia entre sistema y entorno como diferenciación en el sistema, pudiendo entonces, con ayuda de la propia diferenciación, reproducir el *tertium non datur* y dejar al observador de tercer orden los problemas de una lógica politivalente -que sería necesaria para reflexionar sobre la unidad del sistema y sus límites. Sin embargo, todo lo que de ello se sigue tiene validez solamente para el sistema mismo.

Este problema no puede rastrearse ya en el plano de la *teoría* y los *textos* de las autodescripciones -que hasta ahora hemos tenido de manera prácticamente exclusiva en mente- porque la paradoja no puede festejarse como una solución de todos los problemas. Sin embargo, la selectividad y el «desacuerdo» de todas las autodescripciones aparece de nuevo en el sistema como un problema del comportamiento cotidiano. La realidad, sobre todo la realidad de los procesos jurídicos en los tribunales y los parlamentos, se aparta

---

[1028] Véase: De la grammatologie, París 1967; de él mismo: Le supplément de copule: La philosophie devant la linguistique, en Jacques Derrida, Marges de la Philosophie, París 1972,pp.209-246.

[1029] Cfr. Niklas Luhmann, Sthenographie und Euryalistik, en: Hans Ulrich Gumbrecht/K. Ludwig Pfeiffer (Eds.), Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie, Francfort 1991,pp.58-82.

[1030] Cfr. también Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, Journal of Law and Society 15 (1988),pp.153-165.

considerablemente de lo que se dice, se desea y se quiere. Los juzgados, por ejemplo, llaman aplicación del derecho al sentido de su actividad. La realidad tiene un aspecto completamente distinto.[1031] La actividad de toda esta empresa, por ejemplo, provoca la impresión de que lo más importante en ella es despachar los propios asuntos. Las citas, los plazos, las actas y las perturbaciones absorben la atención. Es necesario tener que hacer todavía algo para que todavía algo pueda hacerse. Lo que para los participantes resulta perceptible se diferencia tan radicalmente de lo que correspondería a la autodescripción que un análisis sociológico de la forma en la que se aborda la paradoja fundamental del sistema centraría su atención en un tipo de mecanismos completamente distintos al del simple allanamiento metódico de las contradicciones.

Los participantes legos se verán frustrados no sólo cuando obtienen el beneficio de la justicia, sino también a propósito de la forma en la que esto ocurre. De este lado de la línea divisoria entre juristas y clientes, el sistema se auxilia con la ausencia de consecuencias de las frustraciones. A pesar de que cierto *recycling* de los clientes no resulta nada extraordinario, el sistema no puede partir de casos individuales. Las personas que por profesión se ocupan del trabajo en el sistema jurídico desarrollan otras formas de hacer frente a esta carga. Por una parte, disponen de mejores posibilidades de comparación, inclusive entre ellas; es decir, tienen menos motivos para partir de una afectación individual. A consecuencia de ello, de este lado de la línea divisoria la comunicación posee otras características y también se espera, de otra manera, comprensión. Las jornadas y condiciones de trabajo constituyen un importante marco de referencia. Por lo demás, el énfasis en cuanto a lo que resulta importante puede trasladarse a los formalismos, porque, en este ámbito, las fallas resultan especialmente notorias. Una buena dosis de cinismo, de ironía e inclusive de humor debe considerarse como uno de los elementos típicos que una profesión requiere. En estas formas es como puede ponerse a prueba la comprensión. Y algo no menos importante: el sistema genera en este plano el deseo constantemente repetido de un mejor equipamiento y de reformas; los chivos expiatorios, los culpables de que nada ocurra, pueden renuirse al otro lado de tal deseo.

La discrepancia entre las formas textuales-teóricas de la disolución de la paradoja del sistema y las formas cotidianas de comunicación -que tienen un carácter más bien oral o que se comunican como comportamientos- es tan grande que no cabe esperar que una rectificación (sociologización) en el plano de las teorías de la reflexión pueda ofrecer una solución. La adaptación en este plano a las irritaciones del sistema asumirá siempre la forma de idealizaciones que no pueden representarse al mismo tiempo como algo que «no tiene ese significado». Las reformas no pueden ser fundamentadas dándoles una base que las instituya como auto-ocupación de un *establishment* jurídico, como eliminación de las disonancias cognitivas de la profesión o como demostración de una actitud «crítica» en

[1031] Respecto a esto y a lo que sigue, véase Klaus A. Ziegert, Courts and the Self-concept of Law: The Mapping of the Environment by Courts of the First Instance, Sydney Law Review 14 (1992), pp.196-229.

relación al sistema. Esto podría ser verdad, más bien, cuando esta discrepancia y la separación de los planos de comunicación correspondientes se toman como expresión de la necesidad que el sistema tiene de operar de manera «acrítica», esto es, como expresión de que no dispone de poder suficiente sobre sí mismo.[1032]

IX

Independientemente de cuál sea la semántica que se favorezca como autodescripción del sistema jurídico y de cuáles sean las distinciones que para ello tengan que retocarse, existe una condición fundamental que no es posible evitar: el sistema no puede prever posiciones que, *pase lo que pase*, tengan la razón o a las cuales se les conceda *siempre* la razón, sin consideración alguna de las condiciones del sistema. La posición especial del Gran Dirigente del partido, etc., eliminaría la distinción entre codificación y programación. Puede haber derechos especiales condicionados, derechos de emergencia condicionados, derechos de excepción condicionados. Lo que no puede haber es un derecho incondicionado de autoexcepción. En relación a un «derecho» de este tipo no podría decidirse si se le ha de ubicar dentro o fuera del sistema.

En otras palabras: la autonomía no puede entenderse como arbitrariedad; contiene una prohibición de la autoexcepción que impide la discrecionalidad y fuerza al sistema a someterse a la ley de la autoespecificación histórica.

La concepción opuesta aparece con bastante frecuencia en el contexto de las polémicas teóricas. El concepto central aquí es el de «decisionismo». La insuficiencia en el análisis de esta posición la hace, sin embargo, susceptible de un fácil rechazo.

[1032] En relación a reflexiones paralelas para el sistema de la educación y los pedagogos, cfr. Niklas Luhmann/Karl Eberhard Schorr, Strukturelle Bedingungen von Reformpädagogik: Soziologische Analysen zur Pädagogik der Moderne, Zeitschrift für Pädagogik 34 (1988),pp.463-488 (En castellano: Presupuestos estructurales de una pedagogía reformista en El sistema educativo (Problemas de reflexión), U. de Guadalajara, U. Iberoamericana, Iteso, Guadalajara, 1993, pp. I-XXX).

Capítulo12
La Sociedad y su Derecho

I

El tema central de este libro lo constituye la relación entre el sistema jurídico con el sistema llamado sociedad. La reflexión (y la no reflexión) de esta relación en el sistema jurídico de la sociedad ha sido ya el tema de un capítulo especial. El hecho de que al final de nuestras consideraciones queramos dedicar nuevamente un capítulo a este tema no significa, sin embargo, un intento de recapitulación sumaria. En lo que hasta ahora hemos emprendido ha quedado como un problema abierto la determinación del concepto de sociedad en el que estas investigaciones se sustentan, así como las consecuencias que todo ello tiene para el análisis de las relaciones entre sociedad y derecho. Lo sabemos ya: el derecho opera en la sociedad, se ejecuta en ella, desempeña una función social, se diferencia para esta función de reproducción autopoiética propia. Por lo menos, esto es lo que dice la teoría aquí sustentada. Pero debemos plantear también la pregunta acerca de la manera en la que haya que entender a la sociedad en la que todo esto ocurre.

No existe al presente una teoría de la sociedad adecuada. La llamada teoría crítica y, en particular, el movimiento de los *critical legal studies* han aportado algunas ideas. Sin embargo, la elaboración de estas ideas ha conducido a simplificaciones insostenibles destinadas a apuntalar la visión de una sociedad alternativa. No nos ocuparemos aquí de comentar en detalle estas dificultades porque lo que nos interesa primordialmente es el problema de cuál sea la teoría con la que la sociedad moderna pueda ser descrita; la teoría de la que, igualmente, deba partir quien desee transformarla parcial o totalmente.

Por nuestra parte, estamos llevando a cabo una simplificación de nuestra tarea al tomar como punto de partida una modificación del paradigma rector de la teoría de sistemas. Si se entiende la sociedad como el sistema omnicomprensivo de todas las operaciones sociales -independientemente de cuál sea la manera en la que esto se conciba- la teoría, en nuestros días ya clásica, de los sistemas abiertos considera a la sociedad como un sistema abierto que tiende a la adaptación, provisto de autorregulaciones

internas, por ejemplo, de índole cibernética[1033]. Los enunciados teórico-evolucionistas condujeron más tarde a aceptar una adaptación cada vez mejor de la sociedad a su entorno: esto fue expuesto, por ejemplo, como utilización sucesivamente más adecuada de las reservas naturales para el mejoramiento de las condiciones de vida -en nuestros días, prácticamente ya no como un incremento de la perfección moral de los hombres. El progreso de la ciencia y de la técnica, la producción orientada al mercado, pero también la mejor adaptación de la política a las opiniones individuales de los hombres por medio de la democracia, parecerían ofrecer evidencia convincente de tal hipótesis, que tendría que completarse con la planeación. Todavía hoy podemos leer: «Clearly, society is an open system that seeks to achieve a steady state by means of a progressive process of adaptation to its environment»[1034].

Si se parte de este concepto de sociedad, el derecho se presenta como un mecanismo regulativo al servicio de la adaptación de la sociedad a su entorno; pero esto desde una posición secundaria, puesto que la sociedad misma -justamente a través de los precios del mercado, las consultas democráticas, las investigaciones «empíricas»- garantiza permanentemente su propia adaptación al entorno. Se puede evocar la idea cibernética de un «sistema postconectado» que regula nuevamente a la sociedad en el caso de perturbaciones[1035]; o representar el derecho, como lo hacen los antropólogos, como una segunda institucionalización de las instituciones ya existentes, i.e., como «reinstitucionalización en otro nivel»[1036]. El derecho se entiende, entonces, como una máquina cibernética dentro de una máquina cibernética, como una máquina programada para mantener constantes determinadas condiciones[1037]. Independientemente de cómo sea su ejecución en detalle, el derecho sustenta y confirma a una sociedad que es descrita hacia fuera como una sociedad adaptada y que sólo tiene que hacer frente a conflictos internos que puede o bien bagatelizar desde el punto de vista moral-conformista, o bien afirmar como estructura desde la perspectiva de la teoría crítica de las clases.

1033 Véase, por ejemplo, Fred Emery, Futures we are in, Leiden 1977, como ejemplo de perspectivas futuras, con exigencias de una mejor adaptación (active adaptation, adaptive planning.)

1034 Estas palabras han sido escritas con la pluma o el ordenador de palabras de un sociólogo que reprocha a la teoría de la reproducción autopoiética un escaso interés por las cuestiones empíricas, pero que se coloca a sí mismo claramente en abierta contradicción con hechos empíricos realmente evidentes. La cita está tomada de William M. Evan, Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives, Newbury Park, 1990, p.219.

1035 Cfr., por ejemplo, Ottmar Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970.

1036 Según Paul Bohannnan, Law and Legal Institutions, International Encyclopedia of the Social Sciences, vol.9, Chicago 1968,pp.73-78 (75). Por lo demás, se habla entonces de una doble institucionalización. Cfr., del mismo autor, The Differing Realms of the Law, American Anthropologist 67/6 (1965),pp.33-42. Una actitud crítica al respecto es la de Stanley Diamond, The Rule of Law Versus the Order of Custom, en Robert P. Wolff (Ed.), The Rule of the Law, N.Y. 1971,pp.115-144, quien ve en el derecho un instrumento de opresión.

1037 Cfr. Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System, Homewood Ill. 1968 y también A Cybernetic Model of the Judicial System, Temple Law Quarterly 41 (1968),pp.398-428. Si consideramos además, con este autor, que el *output* del sistema puede convertirse en el *input* del mismo, nos encontraremos en el período de transición a una teoría de los sistemas operativamente clausurados.

Un concepto diferente de sociedad conduce a consecuencias enteramente distintas: a otros conceptos, a otras distinciones, a otros enfoques, a otros planteamientos de los problemas. Sustentados en el concepto general de los sistemas autopoiéticos, partimos del hecho de que también el sistema de la sociedad es un sistema clausurado en su operación que se reproduce a sí mismo exclusivamente con operaciones propias. Esto equivale a decir que no se encuentra en condiciones de ponerse en contacto con su entorno por medio de sus propias operaciones. Las operaciones sociales (esto es, las comunicaciones), no tienen el sentido de hacer posible los contactos entre el sistema y el entorno; su única utilidad consiste en mantener disponibles las condiciones para la continuación de las operaciones propias del sistema. Pero tampoco el entorno puede incorporar operaciones de otro tipo en la rede de la autopoiesis del sistema - de manera análoga a como si una transformación química o la réplica de una célula pudiera tener un efecto similar al de una oración en la comunicación gramatical. La imposibilidad de seguir considerando la cognición como un mejoramiento de la capacidad de adaptación -o de la adaptación misma- de los sistemas es una consecuencia de todo esto[1038].

Tomando este hecho como punto de partida, la sociedad no puede ser ya ser descrita, en el sentido de la antigua teoría de los sistemas, como un sistema que se adapta[1039]. Ciertamente, la comunicación en ella se da *a través* de un entorno, pero *no con* él; se encuentra limitada, con todo esto, a sus propias operaciones, y en la generación de otras operaciones de enlace sólo puede apoyarse en la realidad de las mismas. Hasta donde es posible, lleva a cabo esto con el grado de complejidad que le debe a sus propias operaciones[1040]. Su entorno puede irritarla o también destruirla, pero no puede determinar el curso que ha de seguir la comunicación. «Podemos hacer cualquier cosa que no se oponga al mundo», dice Ernst von Glaserfeld[1041], pero con ello se afirma también que no podemos saber qué es lo que se opone al mundo. Todo conocimiento es un resultado de la comunicación acerca del mundo.

Sin embargo, esto obliga también a una serie de correcciones de nuestra comprensión del futuro. La autopoiesis no es ninguna garantía de existencia y mucho menos un concepto de progreso. El concepto forma parte de un contexto má amplio, junto

---

[1038] En relación a la crítica paralela de la representación y la adaptación como modos de comportamiento de los sistemas, cfr. Francisco J. Varela, Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science, en Paisley Livingston (ed.), Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium (Sept.14-16,1981), Stanford 1984,pp.208-224 (220)

[1039] Hay muchos más razones -aunque ninguna más radical que ésta- para adoptar una actitud escéptica frente al adaptacionismo, inclusive en biología. Cfr. , por ejemplo, Stephen J. Gould, Darwinism and the Expansion of the Evolutionary Theory, Science 216 (1982),pp.380-387; Richard M. Burian, «Adaptation», en Marjorie Green (Ed.), Dimensions of Darwinism, Cambridge Ingl. 1984,pp.287-314. Podemos dejar con toda tranquilidad a la investigación histórica especializada el problema de si Darwin era o no «originalmente» un adaptacionista. En la sociología misma hay también voces que toman distancia al respecto, aunque, más bien, oponiéndose a la teoría de sistemas en general. Cfr., por ejemplo, Anthony Giddens, The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration, Berkeley, Cal. 1984,pp.233ss.

[1040] Con ello se afirma al mismo tiempo que también la construcción de complejidad -o, como en la biología: la reproducción polimorfa de la vida, la diversidad de las especies- no puede entenderse como una mejor adaptación al entorno.

[1041] En las Siegener Gespräche über Radikalen Konstruktivismus, en Sigfried J. Schmidt (ed.), Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus, Francfort 1987,pp.401-440 (410)

con la teoría de la catástrofe o la del caos. A lo largo del tiempo, la invención singular de la vida ha demostrado ser notablemente estable, y esto ha ocurrido en condiciones ambientales muy heterogéneas. La pregunta de si esto resultará también válido para el descubrimiento singular de la comunicación plena de sentido no encuentra una respuesta. En todo caso, el concepto teórico no excluye devastaciones de grandes dimensiones, ni regresiones catastróficas o pérdidas de complejidad -y, en realidad, se habla ya con frecuencia de una catástrofe capaz de borrar cualquier señal de vida sobre la faz de la Tierra[1042]. Al mismo tiempo, sin embargo, se subraya la dinámica propia, al igual que la capacidad de una variación estructural rápida. En resumidas cuentas, esta teoría admite, más que la antigua teoría de sistemas, experiencias que resultan del riesgo ecológico reconocible, de su carácter no pronosticable y de las estructuras temporales específicas de la sociedad moderna. Con ello, en la actualidad, el futuro aparece como un riesgo.

Ahora bien, ¿qué consecuencias tiene todo esto para la comprensión del papel del derecho en la sociedad moderna?

Como ya hemos subrayado,[1043] es necesario suponer la posibilidad de conformar otros sistemas autopoiéticos dentro de los sistemas autopoiéticos[1044]. Por supuesto, el sistema jurídico opera dentro del sistema sociedad. Con cada operación propia realiza también la sociedad, al renovar la comunicación y delimitarla frente a todo lo demás. Pero también el derecho realiza su propia autopoiesis, al seguir única y exclusivamente el código jurídico (o no seguir ninguno), delimitándose con ello él mismo frente al entorno interno de la sociedad. Los procesos de diferenciación sirven como presupuestos de subsiguientes procesos de diferenciación; los sistemas se convierten en otros sistemas cuando se llevan a cabo evolutivamente otras diferenciaciones. Todo ello -y esto es precisamente lo que dice el concepto de autopoiesis- ha de alcanzarse con base en los resultados propios de la clausura de operación y no en la forma de una descomposición de un todo en partes[1045].

Podría decirse que la sociedad tolera tales procesos de diferenciación cuando éstos mantienen una referencia funcional con problemas del sistema social. No deben modificarse los enunciados relativos a la función del derecho como estabilización sistémica de las

[1042] En relación a los conceptos teóricos, cfr. Walter Bühl, Sozialer Wandel im Ungleichgewicht, Stuttgart 1990.
[1043] Cfr. Cap.1,V.
[1044] Una crítica al respecto se encuentra en Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Francfort 1992,pp.73ss. Sin embargo, Habermas parece ignorar aquí que en el caso de la autopoiesis de lo que se trata es de la reproducción de la *diferencia* entre sistema y entorno. Cuando uno toma en cuenta esto, no se excluye en teoría en forma alguna que las operaciones comunicativas reproduzcan el límite externo de la sociedad -de frente a la no comunicación- y el límite socialmente interno entre comunicaciones jurdícamente codificadas y otras comunicaciones. Por lo demás, no conozco ninguna otra construcción teórica que intente siquiera hacerse cargo tanto de la autonomía del derecho como de la pertenencia del derecho a la sociedad. La solución corriente, que apela al concepto de «autonomía relativa», no puede resultar ni teórica ni empíricamente satisfactoria por no llevar a cabo ningún tipo de discriminación.
[1045] Ni tampoco -como es el caso de Parsons- como un desarrollo del concepto (!) de acción en componentes crecientemente independientes.

expectativas normativas (=contrafácticas).[1046] Por el contrario, tales enunciados sirven como constantes con las que pueden hacerse visibles las consecuencias de entender la sociedad como un sistema social operativamente clausurado. Recordemos: en la distinción entre expectativas cognitivas y expectativas normativas el problema era si la sociedad podía instituirse como dotada de la disposición a aprender, de la medida en que esto podía ocurrir, y el de si sus expectativas podían adaptarse a las constantes decepciones; en otras palabras: el problema de en qué medida la estabilidad estructural se daba solamente en los límites de la reconocibilidad de las consecuencias de impulsos de aprendizaje, o en qué medida debían añadirse expectativas normativas explícitamente no dispuestas al aprendizaje. Para la teoría de los sistemas clausurados en su operación esto se presenta como una dificultad puramente interna. No hay ningún transferencia de informaciones desde el entorno hacia el sistema. El sistema reacciona únicamente a estados y condiciones propios y, por supuesto, con una distinción de uso interno entre sistema y entorno, es decir, con una bifurcación de atribuciones causales. El problema es, entonces: cuáles son las medidas estructurales que aumentan o debilitan la irritabilidad del sistema -y aquí la irritabilidad debe también entenderse como un estado propio, estructuralmente dependiente del sistema.

A primera vista resulta tentador privilegiar las expectativas cognitivas, i.e., las expectativas susceptibles de aprendizaje. Son ellas, de hecho, las que han marcado la tónica en la consolidación de la sociedad del mundo[1047]. Todavía es posible, en nuestros días, tener sistemas jurídicos nacionales (si bien en el contexto de una unión internacional que se reconoce recíprocamente -con las reservas que impone el orden interno estatal; y con relaciones del «derecho internacional» -con las reservas de una ruptura del derecho**)**. Por el contrario, resulta casi imposible pensar en ciencias nacionales o en sistemas económicos nacionales . Allí donde las expectativas se señalan como sensibles al aprendizaje, resulta difícil sustraerse a las presiones internas de la sociedad y, cada vez más, también a las de aprendizaje ecológico. Pero, ¿significa esto que el derecho pierde importancia?

Es poco probable que un problema planteado de forma tan general pueda tener una respuesta unitaria. Existen elementos que indican que un mecanismo conspicuo de sustento del derecho (la expectación normativa de la expectativa normativa) ha perdido importancia. Ya no se exige incondicionalmente -en el caso de que esto se haya llevado a

---

[1046] Karl Heinz Ladeur parece también aceptar esto, cuando afirma que «la función del derecho consiste en hacer posible la constitución de expectativas en una sociedad que se convierte cada vez más en un problema para sí misma», Cfr. Gesetzesinterpretation, «Richterrecht» und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive: Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77 (1991),pp.176-194 (176). En todo caso, Ladeur habla, por supuesto, no sólo de una modificación del *contexto* funcional de la sociedad, sino también de una modificación de la función misma.

[1047] Cfr. Niklas Luhmann, Die Weltgesellschaft, en su obra: Soziologische Aufklärung, vol.2, Opladen 1975,pp.51-71.

cabo en alguna ocasión-,[1048] que alguien abogue por sus propios derechos. Por otra parte, están en boga los «derechos humanos» como una especie de programa de recuperación, y tampoco las actitudes valorativas se sustentas únicamente en la forma de una mera preferencia de valores, esto es, como un *despreferencing* los no-valores, sino que se exigen de manera extensiva y normativa. No se trata tan sólo deque uno mismo tenga valores; uno debe tenerlos y, además, esperar que otros también los tengan. La institucionalización normativa de las actitudes valorativas se extiende hasta los programas de exacción concebidos moralmente. De acuerdo con esto, uno no sólo debe extender los valores propios a los valores de los otros -en favor de los intereses de los pobres, de los desposeídos, de los hambrientos, del «Tercer Mundo»- sino que debe exigir también que los otros se solidaricen con este programa axiológico. Sin embargo, esta forma de la expectación normativa de la expectativa reside, en gran medida, fuera del mundo de las formas jurídicas y se opone al derecho: derecho o no-derecho, lo que cuenta es la humanidad.

Si todas estas impresiones y conjeturas fueran confirmadas por la investigación empírica, se demostraría que el derecho practicado en el sistema jurídico se aparta nuevamente del «derecho vivo». Pero este derecho vivo no sería aquí el derecho consuetudinario de los grupos locales de población. No es preciso buscar en la Bukovina, sino, más bien, en las culturas especiales de los jóvenes o, también, en las actitudes de aquellos que algún día fueron jóvenes (y ya no lo son), y que intentar oponerse a las costumbres establecidas con su derecho a usar *jeans*.

II

El sistema jurídico mismo parece reaccionar a lo que en apariencia se presenta como transformación de los valores, pero que, en el fondo, es un proceso mucho más largo, condicionado no solamente en términos gerenéracionales de distintas maneras. Si se toma como criterio la constancia de la función normativa -sin la cual el derecho ya no sería derecho-, se perfila una tendencia que podríamos llamar la *temporalización de la validez normativa*. Las normas y la validez , que en cada caso las sustenta, ya no se fundan en las constantes religiosas o naturales o en las de una estructura social incuestionada, sino que se viven y se manejan como proyecciones temporales. Tienen una validez «provisional». Se experimentan con ello no sólo como algo contingente, sino que se convierten también en algo cognitivamente dotado de sensibilidad. Esto no significa, por supuesto, como creen los críticos de la distinción cognitivo/normativo,[1049]que la distinción misma se desmorone, y que

[1048] En este contexto resultaría apropiada una investigación relativa a la historia de las mentalidades. La mera recopilación de «opiniones sobre el derecho», «prestige of law», etc, pueden, a lo más, dar a conocer el estado actual.

[1049] Por ejemplo, Richard Lempert, The Autonomy of Law: Two Visions Campared, en Gunther Teubner (ed.), Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society, Berlín 1988,pp.152-190, en especial 178ss.; Arthur J. Jacobson, Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann, Michigan Law Review 87 (1989),pp.1647-1689; Evan *Op.cit.*,pp.41ss.

ya no pueda mantenerse en la investigación empírica. No puede afirmarse de ningún modo que el derecho reaccione a los puros hechos y a la mera frecuencia de un comportamiento desviado, debida a una modificación de las normas. En realidad, no habría ninguna instancia que estuviera autorizada a tomar tales decisiones y que pudiera llevar a cabo los procedimientos respectivos. Lo que se quiere decir es solamente que las normas se encuentran provistas de suposiciones reales que pueden ponerse de manifiesto en el *sistema jurídico mismo* como errores, o resultar inadecuadas a causa de una modificación de las condiciones. La dinámica de los desarrollos técnico y científico, las innovaciones de vital importancia en la esfera de la tecnología farmaceútica y en la tecnología de los aparatos médicos, la difusión de los procesos de informática, las crecientes discrepancias entre capacitación y utilidad profesional de por vida del saber y del conocimiento -que incluye la protección contra el despido-, las múltiples transformaciones en el sistema económico, pero también en ámbitos tan «privados» como la dependencia curricular del *status* social de los individuos, hacen que todo esto resulte particularmente evidente.

En una sociedad que posee esta dinámica, las expectativas dirigidas al derecho se modifican. En la medida en la que la sociedad aparece como la causa de lo que antes tenía que ser aceptado como destino individual y que se convertía, por supuesto, en objeto de tematización religiosa, se espera también de la sociedad prevención, ayuda y compensación de las desventajas individuales. De todo ello es responsable el sistema político y, sobre todo, el sistema jurídico[1050]. Por otra parte y por las mismas razones, es cada vez más difícil exigir legitimidad en el sentido de una orientación dirigida por principios o valores indubitables y que tengan también, por ello, constancia temporal. Aun aquellos que se aferran al concepto de legitimidad y, en consecuencia, a los fundamentos transpositivos de la validez jurídica han limitado sus expectativas, con el tiempo, a los procedimientos; han hecho del problema de la legitimidad un problema de procedimiento[1051], i.e., lo han temporalizado. Al igual que todos los positivistas, los positivistas de la razón están también obligados a garantizar el futuro exclusivamente en el presente, por lo que trabajan bajo el supuesto de que, al mantener determinados criterios de procedimiento, tarde o temprano tiene que aparecer un concepto razonable acerca del resultado. Podemos sospechar ya que ésta no es sino una postura provisional que se encuentra expuesta a la prueba del tiempo; es decir, a la pregunta de si los procedimientos satisfacen las expectativas depositadas en ellos cuando, efectivamente, son instituidos o llevados a cabo; o si se ha trabajado aquí, más bien, bajo un supuesto de posibilidades reales. Sin duda, estas últimas pueden funcionar bajo «condiciones de laboratorio», como las que Habermas ha bosquejado, pero no pueden hacerlo en la realidad objetiva, que es algo determinado tanto por la organización como por el factor humano. Se insinúa aquí,

---

[1050] Cfr. al respecto Lawrence M. Friedman, Total Justice, N.Y. 1985, particularmente pp.45ss.

[1051] Véase, por ejemplo, las contribuciones de Klas Eder und Karl-Heinz Ladeur en Dieter Grimm (ed.), Wachsende Staatsausgaben -sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990; Karl-Heinz Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz-Selbsorganisation-Prozeduralisierung, Berlín 1992; y ahora también Habermas, *loc.cit.*

entonces, un retorno al legalismo -que en alguna época fue objeto de un estricto rechazo- en el que poner en práctica los procedimientos jurídicos del Estado justifica, a la manera de una ficción legal, la legitimidad jurídica.

De acuerdo con todo lo anterior -y, de hecho, es en ello donde se pone de manifiesto su carácter socialmente dependiente- el derecho de la sociedad moderna *debe salir adelante sin un futuro cierto*[1052]. Los parámetros naturales, en tanto que se refieren a la sociedad, no pueden aceptarse como algo constante -aunque, por supuesto, podemos partir de que el sol seguirá brillando todavía por mucho tiempo; ni los valores pueden ser proyectados al futuro, en la medida en que proporcionan instrucciones para la decisión, esto es, en tanto que deben funcionar como reglas de colisión. Todo futuro se expone en el *medium* de lo (más o menos) probable y de lo (más o menos) improbable. Esto significa, sin embargo, que las estimaciones relativas al futuro pueden divergir[1053] y que no existe tampoco una línea general en la forma de una «historia sagrada», un «progreso» o de un «fin del mundo» a lo que uno pudiera atenerse.

Precisamente porque esto es así (e irrumpe cada vez en mayor medida), las expectativas normativas, lo mismo que la garantía que les otorga el derecho mantienen su importancia. Se sigue insistiendo en que la comunicación en cada caso presente debe orientarse y en que depende de su capacidad para determinar qué expectativas son abarcadas por el derecho y cuáles no. Se sigue insistiendo en que el derecho trata de la protección de expectativas particularmente notables, esto es, de la estabilización contrafáctica de las proyecciones a futuro. Se sigue insistiendo también en el principio general de la protección de la confianza en aquellos casos en los que se había confiado en el derecho vigente. Y se sigue insistiendo en exigencias muy específicas en lo relativo al uso del simbolismo de validez para la modificación de situaciones jurídicas, ya sea en la forma de contratos o de leyes. En todo caso, se agudiza una serie de problemas que pueden caracterizarse por medio de la distinción futuro presente/presentes futuros. El derecho mismo no puede ser estable desde el punto de vista del tiempo, en el sentido de que algo que en alguna ocasión ha tenido validez la tiene ya para siempre. Quien desee depositar su confianza en el derecho puede, sin duda, contar con un apoyo en contra de oposiciones, resistencias y decepciones, pero no puede contar con que el derecho mismo mantenga su validez sin sufrir ninguna modificación. En este sentido se llega a un *ius vigilantibus scriptum*, extendido.. Quien contrae matrimonio debe contar con la posible modificación tanto del derecho de divorcio, como de la reglamentación jurídica de las

---

[1052] Por lo demás, esto es válido para los sistemas de signos en general, es decir, para todo aquello que como signo alcance una inteligibilidad inmediata o una aceptación prácticamente necesaria. Esto de acuerdo a Josef Simon, Philosophie des Zeichens, Berlín 1989.

[1053] Aquí puede hacerse referencia a innumerables investigaciones sobre las actitudes cotidianas en relación a las probabilidades, sobre las evaluaciones de riesgo, etc. Sin embargo, el conocimiento de este problema es casi tan añejo como el cálculo de probabilidades mismo. Ya Jean Paul sabía que «el corazón humano hace sus propias cuentas, en oposición al cálculo de probabilidades… en asuntos del *azar» (Siebenkäs, Cap.XV.)*, cit. De acuerdo a Jean Paul, Werke, vol.2, Munich 1959,pp.226ss. Las esperanzas y los temores muestran ser algo más fuerte.

consecuencias de éste. Quien invierte a largo plazo no puede contar con que durante la duración de la amortización tanto el derecho fiscal como el derecho ambiental, etcétera, se mantengan tal y como eran cuando tomó la decisión. Debe hacer siempre, por lo tanto, un cálculo contrario para el caso en el que se confía sufra una alteración. Y cuando se presenta una modificación jurídica, hay que evitar no sólo los efectos retroactivos, sino también proteger en mayor medida a aquellas personas que resulten particularmente afectadas por las decisiones previamente tomadas.

Por lo demás, el problema no es nuevo. Ya antes había sido discutido a partir de la perspectiva del derecho expropiatorio, si, por ejemplo, alguien que instala una estación de gasolina en un calle muy transitada puede exigir compensación en caso de que se modificara la dirección de la circulación vehicular. Podría presentarse ahora una multiplicación de problemas de esta índole, sobre todo en aquellos casos en los que lo que se pone a discusión no son las disposiciones de cosas, sino las disposiciones jurídicas. El problema se agrava de nueva cuenta si la modificación jurídica no tiene lugar por medio de una legislación que pueda considerarlo, sino a través de veredictos de la más alta instancia que sirven como orientación y que tienen pocas -o, en todo caso, ambiguas- posibilidades de incorporar tales dificultades en la decisión de los casos particulares.

La comunicación está obligada, en consecuencia -a esto equivalen estas reflexiones- a considerar en mayor medida el *riesgo propio del derecho*. Los problemas de riesgo no sólo surgen debido a que el derecho juzgue el comportamiento de riesgo como algo conforme con el derecho o discrepante con éste. Por supuesto, esta última circunstancia constituye también un problema que en muchos terrenos ha conducido -y ha de conducir- a modificaciones jurídicas. Se trata aquí, cada vez más, de vincular la esfera que va de la responsabilidad hasta la obligación relativa a las posibilidades de control del riesgo, formándose así un contrapeso a la «ilusión de control» tan típica en quien toma decisiones. Sin embargo, una dificultad que va más allá de esto es la de si el derecho puede aceptar su propio riesgo, lo mismo que la de cómo puede darse esto. Esta pregunta se encuentra directamente relacionada con la autodiferenciación, con la clausura operativa y la especificación del sistema jurídico. A este respecto, el sistema jurídico constituye una imagen que refleja el sistema sociedad: el derecho es riesgoso porque la sociedad misma lo es. O dicho de manera más exacta: el derecho está obligado a observarse y a describirse como algo riesgoso simple y sencilamente porque esto mismo es válido para la sociedad moderna.

En el modelo de la teoría de sistemas, la fórmula riesgo toma el lugar de la fórmula de adaptación, y esto tanto en el plano del sistema de la sociedad en su totalidad, como en el de sus sistemas funcionales. Las consecuencias de decenios de una política de bienestar estatal han contribuido a determinar el *drift* del sistema jurídico. Tales consecuencias se inscriben, sin embargo, en el sistema jurídico mismo y se ponen de manifiesto tanto en la indeterminación de las tareas legislativas como en la arbitrariedad de las enérgicas

intervenciones de la jurisprudencia -sobre todo de la jurisprudencia constitucional- en las valoraciones sociales que se consideran plausibles. En general, se ha incrementado el uso de presuntas consecuencias como criterio para las decisiones jurídicas. Sin embargo, todo ello no ha tenido como efecto una adaptación del sistema a su entorno social, ni mucho menos un apoyo a la adaptación del sistema social a su entorno -por ejemplo, en el sentido de una mayor satisfacción de las personas con la sociedad. Más bien, lo que se ha obtenido ha sido discrepancias muy grandes entre las pretensiones y las realizaciones, al mismo tiempo que decepciones en lo que respecta a esperanzas políticamente exacerbadas[1054]. Es probable que la economía, con su producción masiva y orientada al mercado de bienes, haga más por compensar las desigualdades que un derecho políticamente presionado en esta dirección.

Todo ello cae ahora en la perspectiva de una gran inestabilidad temporal de la estructura normativa. El derecho no puede garantizar la seguridad, si la sociedad misma entiende su futuro como un riesgo que depende de decisiones. Lo único que los riesgos adquieren en el sistema jurídico es una forma jurídica específica. En una perspectiva de referencia heterológica, es decir, en una perspectiva referida a los intereses, el riesgo inmanente a la conducta decisional y el peligro que de ello se origina para los otros se convierte en el problema jurídico por antonomasia. En una perspectiva autorreferencial (es decir, referida a conceptos), el derecho está obligado a reflexionar sobre su propio riesgo. Pero esto no significa aceptar simple y sencillamente como un hecho su propia falta de confiabilidad. Más bien, de lo que se trata es de hallar reformas jurídicas que resulten compatibles, desde el punto de vista del riesgo y el peligro, con la autopoiesis del sistema jurídico, con su función específica y con la peculiaridad de su código.

Desde una perspectiva realista, es claro que un desarrollo de este tipo no puede implementarse por la vía de una planeación total basada en nuevos principios; pero tampoco, por supuesto, en la forma de una codificación del derecho ya acreditado. Lo que aquí se pone de manifiesto es la elaboración de problemas particulares, un procedimiento por «incrementación» que, estrechamente apegado al azar y de manera más bien no sistemática, busca resolver los problemas en la medida en la que se presenten, ya sea que se deban a impulsos políticos o a impulsos relativos a la impartición de justicia. Si un día llegamos a tener conceptos jurídicos adecuados para la sociedad[1055], seguramente será por la vía del ensayo y el error aplicada a las soluciones de los problemas, que nos lleven al descubrimiento de los posibles "valores específicamente propios" del sistema jurídico de la sociedad moderna.

[1054] Las decepciones a este respecto han sido en nuestros días objeto de amplia reflexión. Un ejemplo de entre muchos otros Marc Galanter, Why the «Haves» Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law and Society Review 9 (1974),pp.95-160. Resulta notable, en este contexto, que la sociología del derecho se interesa prácticamente sólo por el derecho de los pobres y no lo hace por el de los ricos, como si esta desigualdad de las condiciones jurídicas pudiera ser compensada por medio de la investigación -un pensamiento alejado de la realidad y particularmente sorprendente para los sociólogos. Cfr. la muestra de Maureen Cain, Rich Man's Law or Poor Man's Law?, British Journal of Law and Society 2 (1975),pp.61-66.
[1055] En relación a este enfoque cfr. Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974,pp.49ss.

Sin embargo, podría tener sentido hacer caso omiso de los principios, y servirnos del plano de discusión de la teoría del derecho para abrir el paso a una mayor consideración de la dimensión temporal en la autodescripción del sistema jurídico. Podemos, entonces, resumir nuevamente los principales resultados de las investigaciones previas de este enfoque:

(1) La función del derecho como estabilización normativa de expectativas de conducta puede ser referida al problema general de los costos sociales de los vínculos temporales, sin que esta referencia tenga que aparecer, ella misma , en los textos normativos y, por ende, sin que tenga que perturbar su interpretación. Sin embargo, únicamente podemos aproximarnos a las raíces del problema de fundamentación y legitimación -que hemos discutido con base en los textos normativos- cuando vemos que toda extensión temporal de las expectativas constituye una carga para quienes ven su futuro restringido por ella. Pero, entonces, ¿no constituye un riesgo general en el que se encuentra basado todo derecho que tratemos de comprometer a un delincuente a ser tal, a pesar de que no podamos prever las situaciones y los motivos?

(2) Hemos modificado el ámbito del concepto de validez jurídica y lo hemos convertido, de algo estático y relativamente invariable, en algo dinámico. La validez jurídica funge como un símbolo circulante con el que el sistema jurídico señala momentáneamente su propio estado, un estado y condiciones de los que inevitablemente tiene que partir, si es que, a uno u otro respecto, ha de alterarse el fundamento de validez. Con ello se expande también el concepto de positividad del derecho. En cierto sentido, éste designa el contravalor de la especificidad de las condiciones de la modificación del derecho. Podemos tomar como punto de partida las situaciones jurídicas, en tanto que no se alteren; de hecho, inclusive, con razón, puesto que *podrían* ser modificadas, pero para lo cual no ha habido, hasta ahora, evidentemente, ningún motivo para hacerlo. Las condiciones de modificación podrían generar una presión excesiva que, en última instancia, puede abrirse paso con violencia. Las enseñanzas que se derivan de las revoluciones se orientan en el sentido de una positivización del derecho y de la democracia política.

(3) También el criterio de decisión del enjuiciamiento de consecuencias traslada la validez jurídica al tiempo, concretamente, de nuevo, al futuro. Esto ocurre en dos sentidos: por una parte, como suposición de la constancia de valoraciones; por la otra, en lo que se refiere a la probabilidad/improbabilidad de la manifestación de las consecuencias. Al presente, el sistema jurídico padece la ausencia de una conciencia de riesgo. La razón de esto puede residir en el hecho de que existe, en general, un menosprecio por los problemas cronológicos; pero también podría ser el caso que los textos de decisión de los juristas no ofrezcan ninguna oportunidad de expresar inseguridad y una conciencia de riesgo, por lo que el jurista ha aprendido a producir únicamente aquellas informaciones que le resultan necesarias para la justificación de sus decisiones. Con mayor razón sería aconsejable, entonces, no plantear demasiadas exigencias a la probabilidad de las consecuencias en el

plano de los programas de decisión. Porque, en realidad, con ello, el sistema jurídico asume riesgos para cuya estimación no dispone ni de métodos, ni de procedimientos.

(4) En última instancia, todo esto tiene consecuencias para la comprensión de la peculiar racionalidad del derecho. En el sistema jurídico mismo la racionalidad se piensa tradicionalmente como racionalidad del legislador[1056]. En la actualidad, sin embargo, se la ve como lo razonable y esto, a su vez, como el carácter fundamentante de las decisiones[1057]-ya sea en relación a principios (Dworkin); en relación a una inteligibilidad cultural (Parsons); o ya sea, finalmente, en relación a un consenso que ha sido establecido sin constreñimientos (Habermas). Esto deja abierto el problema de la determinación de lo que ocurrirá después de la fundamentación -independientemente de cuán plausible sea ésta. Si incluimos en nuestras consideraciones la dimensión temporal, aparecen ante nosotros las ventajas de la temporalización de la complejidad[1058], al mismo tiempo que la racionalidad se entiende como multiplicación de las posibilidades restringidas, como ampliación del margen de decisión, como incrementación de las limitaciones decisionales que dependen del tiempo.

Todas estas discusiones ponen en claro, al mismo tiempo, la razón por la que el sistema jurídico se encuentra impedido para dar expresión adecuada al riesgo propio en los textos normativos. A su función normativa corresponde la pretensión de seguridad y de fundamentabilidad de la decisión. Los textos normativos deben ser utilizables desde el punto de vista de la hermenéutica y deben también ser interpretativamente valorables de acuerdo con esta función. Pero todos los resultados de la reflexión del sistema jurídico se encuentran vinculados con los textos normativos. Así, el riesgo propio se «exterioriza». Una descripción externa puede observar esto -aunque no reprocharlo.

Sin embargo, se puede imaginar el plano de abstracción de la «teoría» como un mecanismo del acoplamiento estructural que enlaza los resultados de la reflexión del sistema jurídico -que aquí reciben el nombre de «teoría jurídica»- con los resultados teóricos del sistema de la ciencia. De ello resulta, para este último sistema, la irritante experiencia de que el sistema jurídico trabaje con una dinámica propia y, en todo caso, no en el sentido de una «ciencia aplicada» -independientemente de lo que pueda pensarse acerca del carácter científico de la ciencia del derecho en ciertas corrientes de pensamiento específicamente alemanas. A este problema da respuesta en la ciencia la teoría de los sistemas autopoiéticos o, más exactamente: la descripción de la diferenciación funcional de la sociedad moderna como liberación de los sistemas funcionales para una

[1056] Véase la discusión de esta premisa en Francois Ost/Michael van de Kerchove, Jalons pour une théorie critique du droit, Bruselas 1987,pp.116ss; contiene también referencias a la literatura pertinente. Ost y van de Kerchove tratan esta premisa como un *obstacle épistémologique* (Bachelard) de la investigación de la crítica jurídica ulterior.
[1057] Heino Garrn, Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen, Stuttgart 1986, sería un representante de esta opinión general. Lo que todavía es objeto de discusión es solamente la insuficiencia de las teorías fundacionistas puramente lógicas, axiomático-deductivas, en vista de los problemas aún «abiertos» de interpretación.
[1058] Al respecto, cfr. Niklas Luhmann, Temporalisierung von Komplexität: Zur Semantik neuzeitlicher Zeitbegriffe, en la obra del mismo autor: Gesellschaftsstruktur und Semantik, vol. 1, Francfort 1990,pp.235-313.

autorreproducción autopoiética autónoma. La existencia de sistemas que se observan y se describen a sí mismos restringe -si es que no se la puede poner en tela de juicio o refutar en un plano empírico- las posibilidades teóricas del sistema de la ciencia. Es ésta precisamente la razón por la que una teoría sociológica que persiga la realización de sus propias ambiciones en la disección de una teoría de la sociedad moderna no puede esperar que sus resultados sean registrados como jurídicamente importantes o, en cierto sentido, como fundamentos del derecho vigente. La teoría sociológica de la sociedad, con sus elaboraciones funcionalmente específicas, tampoco ofrece ningún tipo de logros cognoscitivos que la autodescripción del sistema jurídico tuviera que asumir. Es posible, sin embargo, que sí ofrezca irritaciones. Porque, en efecto, puede pensarse que el sistema jurídico tenga la posibilidad, él mismo, de estar interesado -después del colapso de los fundamentos iusnaturalistas, trascendentales o lógico axiomáticos- en la búsqueda de lineamientos y determinaciones de la teoría social.

III

Si vemos al sistema del derecho como un modo de introducir e integrar un futuro abierto a la sociedad, podemos entenderlo igualmente como el «sistema inmunológico» de ésta. Como en el caso de la «autopoiesis» -y, sin duda en estrecha relación con ella- se trata aquí, también, de un hecho descubierto en primer lugar por la biología, pero cuya importancia es mucho más general. Nuestra argumentación no es, por lo tanto, por analogía, ni tampoco estamos utilizando el concepto de una manera puramente metafórica. Se trata, más bien, de un problema muy general y típico en los sistemas que sustentan la construcción de su propia complejidad en una reducción de la complejidad del entorno, en la forma de una clausura operacional y un acoplamiento estructural. Siempre que esto ocurre, un sistema se encuentra incapacitado para apoyar su defensa ante las perturbaciones, en una probabilidad de la perturbación. No puede disponer, punto por punto, de remedios, porque esto reflejaría en el sistema, en proporción intolerable, la complejidad del entorno. Ni positiva, ni negativamente resultan posibles las relaciones punto a punto entre el sistema y el entorno, porque eso reduciría la diferencia entre sistema y entorno a una relación de reflexión. Dicho de manera sumaria: el sistema inmunológico compensa la escasez de una *requisite variety*[1059].

El sistema inmunológico no requiere del conocimiento del entorno: solamente registra conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso, es decir, el sistema inmunológico estatuye una capacidad remanente para casos futuros. En lugar de investigar el entorno, lo que hace es generalizar experiencias de sí mismo que le sirven como señales de las fuentes de perturbación

---

[1059] En el sentido de W. Ross Ashby, An Introduction to Cybernetics, Londres 1956. Véase también, del mismo autor, Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems, Cybernetica 1 (1958),pp.83-99.

restantes. En todo ello el sistema se apoya en acoplamientos estructurales específicos y altamente selectivos que le permiten hacer caso omiso de todo lo demás, con la posibilidad -que no debe excluirse- de que la perturbación tenga lugar en la forma de destrucción -como sería el fin del mundo. Solamente en el ámbito -visto de manera global, muy estrecho- de los acoplamientos estructurales se desarrolla un sistema inmunológico independiente para la intercepción y neutralización de perturbaciones no previstas. La sociedad como sistema de comunicación depende de la cooperación de la conciencia. En casos normales, ésta la acompaña, la percibe, provoca la colaboración sensomotriz correspondiente por parte del organismo, recuerda suficientemente lo comunicado o supone, para efectos de comunicación, que otros recuerdan. Es, asimismo, normal en tales casos que se emitan expresiones que contradigan expectativas presupuestas o -y esto será más delicado- ya manifestadas. Tales casos, de nimia importancia, se convierten en perturbaciones de la comunicación cuando a un *no* se responde con una contra-negación [Gegennein], porque esto trae consigo la tentación a permanecer en la negación y a reforzar el *no* de ambas partes mediante más comunicación. En tales circunstancias, hablaremos de un conflicto;[1060]otra expresión adecuada sería la de «disputa». De acuerdo con esto, los conflictos son siempre sistemas en la sociedad, sistemas parasitarios que dependen de que la sociedad haya establecido estructuras (expectativas) y que esté en condiciones de continuar su autopoiesis de manera congruente a la estructura, pero, al mismo tiempo, innovadora y, en última instancia, también en la forma de conflictos. Pero no existen conflictos contra la sociedad, ninguna disputa con ella[1061].

El sistema inmunológico no es útil para corregir errores, pero sí lo es para debilitar los riesgos estructurales. No sigue el ideal de una praxis razonable, libre de calamidades. Su función no es eliminar las ideas erróneas sobre lo que es correcto, pues en tal caso su tarea encontraría rápidamente una solución -independientemente de cuáles sean sus criterios. El sistema inmunológico permite al sistema social hacer frente al riesgo estructuralmente determinado de constante reproducción de conflictos. La necesidad de un sistema inmunológico no es consecuencia de una inadecuada adaptación al entorno, sino de la renuncia a adaptarse.

Y también esto se encuentra en consonancia con el sistema inmunológico: los conflictos constituyen motivos de aprendizaje para el derecho. Sin los conflictos, no habría derecho; el derecho no se renovaría y terminaría cayendo en el olvido. Los conflictos pueden ser, también, sin embargo, conflictos provocados por el derecho mismo -por ejemplo, conflictos ocasionados por las regulaciones estatales. No obstante, es seguro que

---

[1060] Al respecto, con todo detalle, Niklas Luhmann, Konflikt und Recht, en la obra del mismo autor: Ausdiferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Francfort 1981,pp.92-112; y también de él mismo: Soziale Systeme, *Op.cit.*pp.488ss.

[1061] Para citar nuevamente a la teoría rival: no se trata de una descripción de la situación de los individuos participantes -de manera análoga a como tampoco la biología elabora y desarrolla su inmunología en la forma de una descripción del estado de las células que en ello toman parte. Cfr. N.M. Vaz/F.J. Varela, Self and Non-Sense: An Organism-centered Approach to Immunology, Medical Hypotheses 4 (1978),pp.231-267.

el derecho no se deriva de la naturaleza de la cosa, ni de la naturaleza humana -como antes se creía-, sino que se origina y desarrolla en la búsqueda de soluciones para los conflictos, con tal de que estas soluciones (incluyendo la utilización de la violencia) no se planteen únicamente como algo *ad hoc,* sino que sean válidas para más de un caso. La respuesta inmunológica se sirve del efecto cronológicamente enlazante de las reglas normativas. La formación de reglas se convierte, con ello, en una especie de formación de anticuerpos con una especificidad obtenida de manera casuística. Cuando el sistema inmunológico de la sociedad no es aprovechado, no aprende ni construye los dispositivos apropiados para los casos de perturbación. El sistema inmunológico almacena -también así podemos expresarlo- una historia propia del sistema, pero no adapta el sistema a su entorno. No existe ninguna «semejanza» entre motivo y defensa. Por el contrario: precisamente la regla jurídica no constituye un conflicto. Y si es motivo de otros conflictos -algo que resulta típico en el caso del sistema jurídico- surgen nuevas reglas o, por lo menos, nuevas interpretaciones estrictamente apegadas al texto de la regla.

Una inmunología jurídica desarrollada supone la clausura y la reproducción autopoiética del sistema inmunológico que llamamos derecho. Sólo de esta manera resulta comprensible que se llegue a un desarrollo siempre histórico, autorregulativo y al mismo tiempo en forma de cascada dentro de este sistema inmunológico[1062]. Entre otras cosas, a causa de esta necesaria clausura y también para evitar una autoagresión excesiva del sistema, resulta importante una diferenciación entre derecho y política. Otros supuestos teóricos tendrían que conducir a la conclusión de que la respuesta inmune se pierde en el entorno circundante. Y esto significaría: el sistema no puede aprender de sí mismo. No es necesario subrayar nuevamente que esto no excluye, sino que supone la existencia de relaciones causales entre sistema y entorno (derecho y sociedad y su entorno.)

IV

En el contexto social de la sociedad y el derecho aparecen, en condiciones modernas, tensiones que han sido poco analizadas (y aún menos, entendidas). Tal vez el problema más importante resida en las todavía crecientes exigencias en cuanto a la autorrealización individual, ante las cuales parecen fracasar los medios clásicos, liberales, de formación. Resulta cada vez más claro que se puede observar cualquier ley, pero que no se pueden observar todas las leyes. Las transgresiones al derecho se convierten en algo vital, si es que vivir ha de significar vivir de acuerdo con los criterios de una autodeterminación individual. No se trata ya solamente del problema clásico del inevitable desconocimiento del derecho. Esferas como la evasión de impuestos o el trabajo ilegal son indicadores de que no se puede salir adelante sin una violación del derecho -ciertamente, no para todo individuo (puesto que no todos tienen que trabajar o deben pagar impuestos),

---

[1062] Para una idea paralela, cfr. nuevamente la obra de Vaz y Varela citada en la nota anterior.

pero sí para muchos de ellos. Considerables porciones de la economía sufrirían un colapso si el derecho se impusiera en ellas. Pero, sobre todo, infinidad de posibilidades que dan sentido a la vida individual se verían coartadas, si la burocracia lograra imponer sus programas jurídicos. Sin trabajo ilegal, los arrendadores no pueden cumplir sus obligaciones frente a los arrendatarios; sin contrabando, habría miles de desocupados en las ciudades costeras de Italia; sin «compra de votos», prácticamente no habría participación electoral en las regiones campesinas o en los *slums* de Tailandia[1063]. Como sabemos bien, la observación del derecho sirve a los sindicatos como programa de huelga, al mismo tiempo que su violación en las organizaciones es, con frecuencia, la única conducta laboral con sentido[1064]. Una mayor eficacia en lo que se refiere a la persecución legal crearía problemas en las prisiones[1065]. Tanto la policía como muchas actividades profesionales terapeúticas se enfrentan al problema de que la observación estricta del derecho restringe radicalmente su eficacia y puede inclusive conducir a la disculpa de la inactividad. Sin embargo, en la práctica, este «derecho de gracia» no es ejercido por el Jefe de Estado, sino por la policía. El derecho tiene la capacidad de retardar operaciones de importancia, de tal manera que no sea ya posible distinguirlas de un estado de estancamiento total. Pero, sobre todo, el individualismo -emancipación, autorrealización...-, que es objeto de una valoración tan grande en la semántica social, resultaría insostenible si se esperara una observación estricta del derecho. No hemos mencionado todavía, en absoluto, las destructivas consecuencias secundarias que para el individuo -desaliento, autoexclusión de esferas de actividad en las que la motivación juega un papel importante- tendría todo ello como secuela de la observación rigurosa del derecho.

Sin embargo, no hay que sobrevalorar este argumento. Por supuesto, no estamos afirmando que únicamente como delincuente puede uno tener en nuestros días oportunidades de vida. Con frecuencia resulta útil una «interpretación activa», con frecuencia es también útil una identificación con ideas jurídicas «defendibles», aunque no sean las ideas «dominantes». Pero debe atenderse más el hecho de que los objetivos sociales complacientes en el plano de los individuos, aunque también en el plano de los sistemas funcionales (incluyendo al derecho mismo), ya no pueden alcanzarse sin una ruptura precisamente del derecho. En otras palabras, la sociedad también se sirve del derecho para refutarse a sí misma.

Hemos mencionado anteriormente que este problema no sólo no puede ser resuelto, sino ni siquiera puede ser adecuadamente entendido con los medios clásicos de la teoría liberal del derecho. La forma jurídica de los «derechos subjetivos», a manera de instrumento de liberación de la arbitrariedad en el derecho, resulta insuficiente como

---

[1063] Al respecto, cfr., en especial, Ananya Bhuchongkul, Vote-buying: more than a «sale», Bangkok Post vom 23 de febrero de 1992,p.8.
[1064] Cfr., como un estudio de caso muy conocido, Joseph Bensman/Israel Gerver, Crime and Punishment in the Factory: The Function of Deviance in Maintaining the Social System, American Sociological Review 28 (1963),pp.588-593.
[1065] Cfr. Heinrich Popitz, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens: Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tubinga 1968.

correctivo. Y esto tampoco ocurre cuando en nuestras consideraciones se incluye también la circunstancia de que le permite, a quien posee la razón de derecho, aceptar violaciones a sus derechos. Como todas las determinaciones funcionales, la determinación de la función del derecho como un instrumento garante de la libertad difícilmente posee un valor interpretativo. Esto es cierto también para los derechos humanos -de los que enseguida nos ocuparemos-, que, por lo demás, no pueden ponerse a la disposición del individuo, por lo que tampoco se les puede entender como derechos subjetivos. Sin duda, los derechos humanos son resultado del individualismo moderno, pero otro resultado igualmente importante es el de todo aquello que no puede ser atendido por el derecho.

Si se prestara mayor atención a todos estos problemas, se pondría de manifiesto una importante razón de las diferencias regionales. El aspecto positivo del derecho, es decir, las diferencias en las normas y en los modos de interpretación entre las «culturas jurídicas» particulares resulta insuficiente para un estudio sociológico y comparativo del derecho. Por lo menos para la sociología, es en el problema de las transgresiones del derecho estructuralmente inducidas en donde reside el mayor valor informativo. Precisamente en la sociedad moderna tales violaciones poseen su propia lógica como indicadores de diversas relaciones sociales -indicadores de dificultades relativas al Estado benefactor, de problemas de la dependencia de las organizaciones, de problemas de la dependencia inflacionaria de las economías regionales o de la aparentemente creciente falta de motivación de los individuos.

Esta reorientación a la inclusión que considera las transgresiones autoinducidas del derecho es algo que se encuentra ya implícito en la idea de que el derecho debe identificarse por medio de una codificación binaria -en lugar de que esto se haga por medio del propio estado de perfección. Pero tiene también sentido, porque, de otro modo, difícilmente podría hablarse de un sistema jurídico unitario y, a la vez, mundial de frente a las extraordinarias dimensiones y a la diversidad regional de las violaciones al derecho. Nos ocuparemos todavía de estas dificultades en el siguiente apartado.

V

Independientemente de cuál sea el concepto de sociedad que uno desee utilizar (el concepto tradicional de autarquía, es decir, el de autarquía en las condiciones necesarias para una vida perfecta -feliz-de los seres humanos, o bien el concepto de clausura de la operación comunicativa), no existe absolutamente ninguna duda de que en las circunstancias actuales existe solamente un sistema social, a saber: la sociedad del mundo. Sin duda, los rasgos característicos de este concepto no resultan del todo nítidos en tanto que no se haya formulado una teoría social adecuada[1066], pero esto no constituye una razón

[1066] Como ha señalado, por ejemplo, Kurt Tudyka, «Weltgesellschaft» -Unbegriff und Phantom, Politische Vierteljahresschrift 30 (1989),pp.503-508.

para preferir el concepto mucho más indeterminado de un «sistema internacional», en relación al cual ni es claro qué ha de significar «nación», ni cómo ha de interpretarse en él el prefijo «inter». Aun cuando la mayoría de los sociólogos le niegan a este sistema global el título de «sociedad»[1067], resulta imposible denominar sistemas sociales a los sistemas nacionales, si es que el concepto de sistema puede resultar aquí, en absoluto, adecuado[1068]. Se encuentra ausente aquí cualquier tipo de criterio de delimitación, algo necesario al hacerse caso omiso de las fronteras estatales, que en todo caso resultan enteramente inadecuadas para el problema.

La similitud de las condiciones de vida no puede resultar decisiva ni en un marco regional ni en el de la sociedad mundial; de ser así, ni siquiera Manhattan sería una sociedad. Para nuestros propósitos, resulta decisiva la interconexión recursiva de la comunicación -las presuposiciones de ello son la traducibilidad de los lenguajes, la comunicación mundial de los medios de masas y la de las redes «privadas» de comunicación, además de la unidad de los esfuerzos cognitivos en el sistema de la ciencia -independientemente de cuáles puntos de concentración o cuáles intereses especiales cultural-regionales puedan conformarse; también: la economía mundial con mercados globales para sus productos y que opera con base en créditos, pero, igualmente, el sistema político mundial que coloca a los Estados en una dependencia recíproca indisoluble -y esto último, de cara a las consecuencias ecológicas de las guerras modernas, con una lógica obligada de prevención e intervención[1069]. El lamento generalizado acerca de la explotación postcolonial de los países de la periferia por parte de las naciones industriales y las teorías como la de la dependencia y la marginalidad constituyen una evidencia en favor -no en contra- de la sociedad mundial, independientemente de lo que se piense de sus contenidos. Resulta difícil negar los entrelazamientos a nivel mundial de todos los sistemas funcionales.

En lo que se refiere a la diferenciación de los sistemas, la sociedad mundial se encuentra caracterizada por una primacía de la diferenciación por funciones. Políticamente, la economía no puede someterse a un control[1070], y mientras que la ciencia puede, sin

---

[1067] De especial importancia resulta aquí Talcott Parsons, The System of Modern Societies, Englewood Cliffs N.J. 1971. Otros hablan de respuesta a lo global o de tendencias hacia una globalización en el plano de los sistemas sociales regionales, como si el estado de una sola sociedad mundial se anunciara con certeza, aunque todavía no se alcanzara. Cfr., por ejemplo, Roland Robertson/Frank Lechner, Modernization, Globalization and the Problem of Culture in World-Systems Theory, Theory, Culture and Society 11 (1985),pp.105-118; Margaret S. Archer, Forword, en Martin Albrow/Elisabeth King (Eds.), Globalization, Knowledge and Society, Londres 1990,p.1; Roland Robertson, Globality, Global Culture, and Images of the World Order, en Hans Haferkamp/Neil J. Smelser (Eds.), Social Change and Modernity, Berkeley Cal. 1992,pp.395-411; y también de este último autor: Globalization, Londres 1992.

[1068] Tal y como de manera decidida -aunque tomando como punto de partida lo político- lo hace Anthony Giddens, The Nation-State and Violence, Cambridge Ingl. 1985; y, también, de él mismo: The Consequences of Modernity, Stanford Cal. 1990,pp.12ss.

[1069] Por lo demás, sólo aquí tiene sentido ver la sociedad del mundo a partir de las «relaciones internacionales», como hace, por ejemplo, John Burton, World Society, Cambridge Ingl. 1972.

[1070] Lo que con esto se demuestra es no sólo el fracaso de la realización política de una «economía socialista», sino, asimismo, el fracaso económico del aislamiento económico nacional por razones de autopreferencia política (como ha ocurrido, por ejemplo, en Brasil o en México); la pérdida de crédito como algo en sí mismo evidente de casi todos los estados en el sistema financiero internacional -con consecuencias de consideración para el mismo; o, también, el grotesco error de cálculo de las

duda, ser estimulada por la economía, ésta no conduce a resultados que puedan sostenerse científicamente. El sorprendente y renovado interés por las religiones en las últimas décadas puede ser aprovechado políticamente -tal y como ocurrió en su momento con la Reforma protestante- pero no puede ser practicado como política. Pero la diferenciación por funciones no habla en absoluto de una simetría regional del desarrollo y mucho menos de una evolución convergente. Es precisamente cuando se tiene que partir de que los sistemas funcionales son sistemas autopoiéticos (clausurados en su operación) que hay que esperar que sus efectos mutuos tengan consecuencias enteramente diversas, dependiendo tanto de las condiciones de partida como de la situación mundial. Y también en relación a esto resultan válidas las concepciones de la teoría de sistemas, incluyendo sus variantes matemáticas: que las perturbaciones y las rupturas del sistema pueden tener efectos muy diferentes según sea el curso de su desarrolllo; según que el *feedback* sea positivo o negativo y según sean las particularidades regionales. Una sociedad funcionalmente diferenciada es enteramente diversa a una sociedad armónica dotada de garantías inherentes de estabilidad.

Desde muchos puntos de vista el sistema jurídico de la sociedad del mundo constituye un caso particular. Sin duda alguna tenemos aquí un sistema funcional establecido que tiene carácter mundial[1071], en el que en cada una de las regiones pueden diferenciarse los asuntos jurídicos de cualquier otro asunto, en el que existen -sobre todo en la forma del derecho internacional privado- reglas de traducción de un orden jurídico a otro, de tal modo que, normalmente, cuando uno se adentra en un territorio extranjero no tiene que contar con ser tratado como un forastero carente de derechos[1072]. No debemos tampoco temer, como todavía era el caso de los comerciantes de la Edad Media, ser responsabilizados por deudas contraídas por los coterráneos. Además, una fuerte dosis de igualdad en cuanto a los fines de las instituciones jurídicas ha conducido a que las disposiciones de los diferentes órdenes jurídicos sean más similares de lo que en un principio se había pensado. Existe una legislación, existe una diferencia entre derecho civil y derecho penal, existe la propiedad, existen los contratos, los procesos judiciales, etc. A pesar de las relaciones y coincidencias más bien formales que hemos anotado, no deben ignorarse las enormes diferencias existentes en las diferentes regiones del mundo. La pregunta que habría que plantear a los sociólogos del derecho sería cómo es que estas diversidades han de describirse y entenderse. Difícilmente podrá ponerse en duda, sin

---

consecuencias económicas de la reunificación alemana, que en sí misma constituía una meta digna de alcanzarse. Sin duda, la política puede tomar decisiones, partiendo de bases inteligibles, pero es la economía la que, en realidad, decide sobre las consecuencias.

[1071] A diferencia de la opinión dominante inclusive entre juristas. A manera de representante, cfr. Werner Krawietz, Recht als Rechtssystem, Wiesbaden 1984, en especial pp.51ss. Si bien, como es natural, los juristas mismos tienen el valor de viajar y traspasar el ámbito de validez de su orden jurídico particular.

[1072] Por lo tanto, hay excepciones en las que no se puede ingresar sin una protección especial -por ejemplo, las favelas de las grandes ciudades de Brasil. Tampoco está excluida la posibilidad de que en el futuro pudieran existir estados en los que uno no gozara de hecho como persona de piel blanca de ninguna protección jurídica.

embargo, que inclusive sin una legislación y una jurisdicción centrales, la sociedad del mundo posee un orden jurídico[1073].

Uno de los principales indicadores de la existencia de un sistema jurídico de la sociedad del mundo lo constituye la creciente atención que se dispensa a las violaciones de los derechos humanos[1074]. La idea de tales derechos (en su sentido moderno) surge con el decaimiento del antiguo derecho natural europeo y en estrecha conexión con las construcciones de índole socio-contractual[1075]. Hasta muy entrado ya el siglo XVIII, el «contrato» representa la forma del desarrollo de la paradoja de los derechos naturales: que éstos no contienen ninguna excepción a sí mismos, con lo que conducen a una reducción al absurdo de ellos mismos[1076]. Pero, con ello, lo único que se hace es desplazar la paradoja, que reaparece en la construcción contractual. Porque, entonces, la validez del contrato, que es lo que justifica la regla de que son los contratos los que obligan, sólo puede ser fundamentada de manera paradójica. Precisamente en esto reside la superioridad de esta construcción cuando se la confronta con el antiguo derecho natural. La *validez* del contrato debe basarse ahora en el hecho de que en él se *renuncia* a los derechos naturales[1077]. Con la solución del problema de una fundamentación del orden social por la vía de las doctrinas del contrato social -en el sentido de un *pactum unionis* y no sólo de un *pactum subiectionis*- uno podía permitirse, retrospectivamente, el lujo de dotar de derechos naturales a los individuos requeridos para cerrar el pacto de los derechos naturales. En tal caso, el único

[1073] Este orden jurídico ha sido comparado a veces con las relaciones jurídicas en una sociedad tribal. Cfr. Michael Barkun, Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community, New Haven 1968. Sin embargo, esta circunstancia difícilmente hace justicia a los instrumentos del moderno derecho de tránsito. Más bien, uno podría pensar con Gerhart Niemeyer, Law Without Force: The Function of Politics in International Law, Princeton 1941, en una sociedad económico-civil sin un Estado correspondiente. Y del derecho judío es posible también extraer experiencias milenarias de una cultura jurídica apátrida -basada en estados extranjeros. Podría observarse, en tal caso, cómo se ha elaborado conceptualmente esta situación -por ejemplo en lo que se ha pensado sobre el concepto de deber y en lo que no se ha pensado sobre el concepto de los derechos individuales; y, también, cómo podría imaginarse una «anarquía» política no necesariamente equivalente a un orden jurídico ausente. Cfr., por ejemplo, Robert M. Cover, The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction, The Capital University Law Review 14 (1985),pp.179-203. Como es evidente, sin embargo, los fundamentos de este derecho no pueden ser institucionalizados mundialmente en una unidad religiosa y étnica, ni en la tradición común de un texto.

[1074] No faltan exposiciones descriptivas y ambiciosas del desarrollo de esta idea. Cfr., por ejemplo, Günter Birtsch (Ed.) Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelaltersbis zur Revolution von 1848, Gottinga 1981; del mismo editor, Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Gottinga 1987; o más interesado en problemas actuales, Ludger Kühnhardt, Die Universalität der Menschenrechte: Studie zur ideengeschichtlichen Bestimmung eines politischen Schlüsselbegriffs, Munich 1987. Sin embargo, en todo ello no queda clara la contextualización teórica. El hecho mismo de que en la formulación de esta idea del derecho aparezca el concepto de «humanidad» requeriría un análisis especial que iría demasiado lejos para nuestras pretensiones actuales. Será suficiente recordar aquí, con Foucault, la invención semántica del individuo, que tiene lugar a finales del siglo XVIII, lo mismo que lo que aparentemente, desde el punto de vista filosófico, se presenta como el irresistible «retorno de lo humano» -por ejemplo, en la reantropologización del sujeto alrededor de 1800 y en la reantropologización del "Dasein" heideggeriano en Francia . En todo caso, resulta claro, desde una perspectiva jurídica, que todo ello incluye también a los extranjeros.

[1075] Según la doctrina hoy generalmente aceptada. Cfr., por ejemplo, Gregorio Peces-Barba Martínez, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Madrid 1982, en particular pp.159ss.

[1076] Precisamente las Constituciones actuales adaptan esta función del contrato por medio de las reservas de la ley.

[1077] En relación al origen de esta idea en representaciones religiosas de un sacrificio exigido y practicado por Dios mismo, cfr. Peter Goodrich, Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks, Londres 1990, pp.16ss.

problema que se planteaba era el de la determinación de la forma de estos derechos en un estado civil. El intento de Pufendorf de poner bajo un mismo denominador ideas muy diversas sobre la situación de partida del estado natural (Grotius, Hobbes, Spinoza) condujo a formulaciones que contribuyeron a la difusión de la idea de derechos humanos innatos, aunque no necesariamente asociales. Con ello, las distinciones tradicionales podían pasar inadvertidas o ser expuestas como simples productos del derecho civil. Es de este modo, por ejemplo, como deja de existir la distinción -usual en las sociedades con tradición nobiliaria- entre personas con *dignitas* y personas sin ella. Lo que ahora se tiene es que la dignidad humana es propia de todo ser humano, por lo que constituye una barrera para los resultados diferenciadores del derecho civil[1078].

En la segunda mitad del siglo XVIII, con la crítica y el rechazo de estas construcciones contractuales en el curso de una conciencia histórica más profunda, se creyó encontrar la solución del problema en la textualización y positivación de tales derechos individuales, a los que el Estado se enfrentaba -ya fuera en la forma de *bills of rights* especiales, en los reconocimientos declaratorios o, en última instancia, en las leyes constitucionales mismas[1079]. Sin embargo, en nuestros días esta solución no tiene ya la misma fuerza de convencimiento. Un problema en relación a ella es que considera al derecho supuestamente suprapositivo como un derecho vigente, algo que la excelencia de los fundamentos interpretativos textual- formales sólo puede aclarar de manera insuficiente. Pero tiene, sobre todo, la desventaja de que el aparato de la validez textual-formal en su totalidad puede ser traducido sólo con dificultad y defectuosamente al plano del sistema jurídico de la sociedad del mundo. Lo que queda es el derecho estatal, esto es, el derecho basado en contratos estatales. A los estados se les exige, en consecuencia, una responsabilidad política en lo que se refiere a la observación en su territorio de los derechos humanos, mientras que los derechos mismos aparecen como exigencias de composición y aplicación del derecho.

La literatura es rica en textos, convenciones, acuerdos[1080] y en manifestaciones positivas de expresiones. La discusión detallada de la controversia entre universalistas y relativistas no ha llevado a nadie a poner en tela de juicio el sentido de una protección jurídica última contra la arbitrariedad estatal[1081]. Efectivamente, esta idea surge en Europa de manera paralela a la conformación del Estado territorial moderno, y, con la expansión

---

[1078] «*In ipso hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio*», se dice en Samuel Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo 3.11.1, cit. según la edición Francfort-Leipzig 1744, vol.1,p.313. Literalmente en el mismo sentido, cfr. también de este autor, De officio hominis & civis iuxta legem naturalem libri duo 1.VII, cit. según la ed. Cambridge 1735,p.143. Es de notar, y ello deja traslucir una intención históricamente consciente de diferenciación, que se habla no de *dignitas*, sino de *dignatio.*

[1079] Para la versión alemana, que se hace cargo de tales reflexiones después de la Revolución Francesa y que, a falta de perspectivas revolucionarias y de una Constitución, espera otra vez una solución por parte del «derecho natural», cfr. Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Reiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Padeborn 1976,pp.178ss.

[1080] Como compilación es útil, por ejemplo, Wolfgang Heidelmeyer (Ed.), Die Menschenrechte: Erklärungen, Verfassungsartikel, Internationale Abkommen, 2ª. Edición, Padeborn 1977.

[1081] «Cultural differences…cannot explain or justify barbarism and repression», cree Louis Henkin, The Rights of Man Today, Boulder Col. 1978, p.129 (cit. de acuerdo a Kühnhardt *Op.cit.* 1987,p.140.

mundial de la forma estatal del sistema político, *esta diferencia* -no necesariamente el *ductus* iusnaturalista temporalmente condicionado de fundamentación- se ha vuelto más urgente que lo que era en las condiciones culturales relativamente unitarias de la Europa preconstitucional. Precisamente en este momento se pone de manifiesto mundialmente cuánto sentido tiene diferenciar segmentariamente el sistema político en Estados regionales, con el fin de que se acomode mejor a las condiciones locales y pueda aprovechar las oportunidades de consenso. Sin embargo, queda claro también cuán insoportable sería abandonar el sistema jurídico a la arbitrariedad de los procesos políticos regionales. La discrepancia entre política y derecho, de la que en Europa no hay ninguna experiencia sino hasta la conformación del Estado moderno, se expande, adquiriendo una forma considerablemente modificada.

En estas condiciones, parece muy difícil que el derecho de los derechos naturales saque provecho de la claridad de los fundamentos de validez y de la precisión de los textos correspondientes, aunque sí parece hacerlo de la evidencia de las violaciones al derecho. Las escenas de horror del más diverso tipo hacen superflua cualquier discusión ulterior al respecto[1082]. Al presente no es posible identificar con certeza cuáles son las normas y, sobre todo, cuáles son los textos que subyacen a todo ello[1083]. En gran medida, se ha continuado la tradición liberal de la sociedad burguesa y sus derechos constitucionales. Derechos fundamentales como libertad e igualdad gozan, como antes, de reconocimiento -si bien acompañados del conocimiento de hasta dónde pueden ser modificados[1084] y qué tan poco corresponden a las condiciones realmente existentes. Como hemos mostrado más arriba[1085], estos derechos fundamentales sirven para la generación y el desarrollo de una paradoja del sistema al introducir la autorreferencia en éste, por lo que adquieren una significación practicable solamente como derecho positivo. Allí donde esta tradición liberal es transgredida -y en nuestros días esto resulta dramáticamente válido en el ámbito de los «derechos colectivos», en particular en el del derecho a la independencia y autodeterminación de las naciones, étnias y étnias en el territorio de otras étnias- se cae en un terreno poco claro en el que la violencia parecería fungir, de nuevo, como el tribunal superior.

Una de las razones que podrían explicar esta situación altamente insatisfactoria reside en el hecho de que el desarrollo hacia un Estado de bienestar después de la 2ª. Guerra Mundial arrastró consigo la formulación de los derechos humanos. En la actualidad

---

[1082] Hoy puede sonar a cinismo, pero cuando se contempla la teoría de la construcción de Kant y la postura de la *Crítica del Juicio* en el contexto de las tres *Críticas* se podría apelar también a la capacidad judicativa en asuntos del gusto jurídico -para hacer claro que no puede tratarse aquí ni de un problema puramente cognitivo, ni de una aplicación de la razón práctica en la forma de ley moral.

[1083] Esta situación no se modifica por el solo hecho de que la ONU apruebe las resoluciones correspondientes.

[1084] Podemos ver en estas modificaciones, con Hasso Hofmann, Menschenrechtliche Autonomiansprüche: Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen, Juristenzeitung 47 (1992), pp.165-173 (171), lo mismo que en la conexión jurídico-estatal de los derechos humanos el verdadero sentido de su positivización por encima del derecho natural.

[1085] Cap.5,IV.

se entiende, cada vez más, por derechos humanos no sólo los derechos de protección, sino también los derechos asistenciales; en particular, en aquellos casos de patente desabasto y necesidad. El fundamento de esto lo proporciona un concepto antropológico que adscribe al ser humano en general, esto es, independientemente de las diferencias regionales o culturales, un complejo de necesidades e intereses (en parte materiales, en parte espirituales), que se extiende hasta un interés por el desarrollo personal y la autorrealización[1086]. Por lo tanto, las graves discrepancias en cuanto a las oportunidades de aprovisionamiento y de vida pueden ser señaladas como «experiencias ejemplares de injusticia» y tomarse como punto de partida para el problema de los criterios de delimitación[1087]. Sin embargo, existe el peligro, en esta extensión de inflacionar e ideologizar la discusión[1088], además de que se presenta aquí el problema de que los destinatarios no son ya, en sentido estricto, los transgresores del derecho, sino quienes podrían ayudar. El problema de los derechos humanos se funde con un deseo enormemente expandido de trabajo social y ayuda para el desarrollo. La diferencia entre economía (preventiva) y ayuda social (asistencial) no puede ya transformarse, en el caso de diversidades regionales muy grandes, en pretensiones jurídicas claras y aplicables. La inflación arruina el valor del medio simbólico, y a las intromisiones verdaderamente groseras, indignantes y activas en la zona de lo que incondicionalmente merece ser protegido -palabra clave: dignidad humana- no se les presta ya la debida atención cuando se considera normal que en ninguna parte se observan los derechos humanos[1089].

Enfrentados a este conjunto de problemas, la atención parece desplazarse a las *violaciones* a los derechos humanos *inequivocamente evidentes* -a la desaparición de personas encubierta por el Estado, a las deportaciones forzosas y a los desalojos, a la muerte, aprehensión y tortura (jurídicamente improcedentes), con el conocimiento y la protección de órganos del Estado. La garantía de un Estado de derecho funcional es, entonces, a su vez, un equivalente funcional del reconocimiento de los derechos humanos y hace de éstos algo prácticamente superfluo desde un punto de vista técnico-jurídico[1090]. Sólo allí donde el Estado de derecho no se encuentra garantizado y los Estados son incapaces de enfrentar las violaciones a los derechos humanos con los medios normales de dicho Estado de derecho (o son renuentes a hacerlo), éstos se entienden como violaciones

---

[1086] La insuficiencia (jurídica) de tales fundamentaciones antropológicas no ha sido desatendida. Cfr., por ejemplo, Eibe H. Riedel, Theorie der Menschenrechtsstandards, Berlín 1986, pp.205ss y 346ss.

[1087] Cfr. Winfried Brugger, Menschenrechte im modernen Staat, Archiv des öffentlichen Rechts 114 (1989), pp.537-588; y de este mismo autor, Stufen der Begründung von Menschenrechten, Der Staat 31 (1992),pp.19-38.

[1088] Cfr. Brugger *Op.cit.* (1992),pp.30ss.

[1089] Por razones parecidas, Heiner Bielefeldt, Die Menschenrechte als Chance in der pluralistischen Weltgesellschaft, Zeitschrift für Rechtspolitik 21 (1988),pp.423-431, recomiendo centrar la discusión en el problema de la violación de la dignidad humana.

[1090] Esto recuerda lejanamente la tesis de Kant en *La Paz Perpetua* de que sólo de una liga de estados republicanos, ordenados internamente de manera jurídico-estatal puede esperarse un orden internacional pacífico. Por lo demás, el argumento desliza involuntariamente, al estar orientado a los derechos individuales, la difundida idea de que la paz como un orden «internacional» debe asegurarse por medio de contratos entre estados. Acerca de la actualidad de este planteamiento de Kant, cfr. Fernando R. Tesón, The Kantian Theory of International Law, Columbia Law Review 92 (1991), pp.53-102.

de los *derechos humanos*. Como tales violaciones ocurren con bastante frecuencia, para no decir que son comúnes en la mayoría de los Estados, el problema no estriba, en primer término, en el carácter inequívoco de las formulaciones textuales que podrían hacer posible una decisión entre lo jurídicamente procedente y lo que no lo es. Por el momento será suficiente dirigir nuestra atención a los casos más negativos. Al mismo tiempo, de frente al pensamiento jurídico clásico-moderno, el problema es objeto de un desplazamiento. Por una parte, no basta remitirse al derecho positivo de los estados (por ejemplo, en la forma de las Constituciones): el derecho positivo también puede ser utilizado para amparar violaciones a los derechos humanos o -por ejemplo en el dictamen de la Suprema Corte de los E.U. en el caso Álvarez Marchain (1992)- para justificar un secuestro en violación del derecho internacional[1091]. Por la otra, no basta para entender los derechos como derechos subjetivos. Esto tiene como consecuencia que queda a la decisión del individuo hacerlos valer (o no), porque, con frecuencia, bajo ciertas condiciones políticas, esta decisión no es tomada libremente[1092]. Resulta tentador, por lo tanto, concebir el sistema del derecho mundial no a partir de los derechos, sino a partir de las obligaciones. Por último, la sanción sigue siendo un problema. Es difícil aceptar ya que ciertos estados -incluyendo a los E.U.- se conduzcan como jueces y como potencia sancionante, al mismo tiempo que rehusan someterse a la *Interamerican Court of Human Rights*[1093]. Más bien debemos contar con una internacionalización de la atención que se presta a este problema y es posible también que con una mayor atención al respecto en el contexto de las ayudas política y del desarrollo. Después de la «Guerra Fría» se ha creído avizorar nuevas perspectivas en este sentido.

Sólo puede hablarse del carácter evidente de las violaciones en relación a la dignidad humana. Las restricciones de los derechos a la libertad y a la igualdad -considerados también como derechos humanos- son tan normales y necesarios que uno está obligado a conceder un campo de acción superior a los órdenes jurídicos estatales (*qua* «reserva legal»). En el fondo, de lo que se trata aquí no es en absoluto de la unidad de una norma (de una idea de un valor), sino de las paradojas formales de las distinciones libertad/restricción e igualdad/desigualdad, que pueden luego ser desarrolladas de diversas maneras en los órdenes jurídicos particulares. Dicho en otras palabras: se trata de perspectivas a futuro que convergen en lo indeterminable. A pesar de ello, aquí también parecería darse una sensibilidad aplicable en el plano mundial. Uno puede reconocer ésta en aquellos casos en los que *las asimetrías en cuanto al papel asignado se fijan por*

[1091] Debemos añadir que esto se debe a que hace falta un fundamento jurídico positivo que haga posible presentar como apelación ante tribunales estatales el carácter violatorio del secuestro. El caso pone de manifiesto de manera más que clara que lo jurídico-estatal no constituye ninguna defensa eficaz frente a hechos «indignantes». El confuso estado del derecho mundial se evidencia aquí palmariamente: se niega la transformación del derecho internacional en derecho nacional, esto es, las violaciones al derecho se manejan como algo conforme a derecho, porque de otro modo la imposición del derecho mismo no puede garantizarse.

[1092] Hofmann, *Op.cit.*,pp.166ss., también pone en duda, aunque con otros argumentos, que los derechos humanos sean derechos individuales.

[1093] Cfr. el primer «Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1989», Washington 1989.

referencia externa y se manejan como algo irreversible[1094]. Esto resulta especialmente válido cuando la raza es utilizada como un factor para la asignación de papeles -sobre todo como idea para la asignación o clasificación para la vida y la muerte o para el hambre o la buena alimentación. Los sistemas de inspiración religiosa o ideológica poseen también, como tendencia, esta inclinación a hacer depender la asignación de oportunidades específicas en lo relativo a los roles de un factor no disponible en los roles mismos. Las asimetrías de los papeles asignados, que desde la perspectiva moderna, solamente resultan aceptables en los sistemas funcionales (médico/paciente, productor/consumidor, demandante/demandado en relación al juez, etc.), son generalizadas por la vía de una referencia externa. De este modo se obtienen desventajas estructurales que atraviesan transversalmente a sistemas funcionales de la más diversa índole. El carácter ofensivo que tales relaciones tienen para la consideración moderna se encuentra condicionado de manera más estructural que casuística. Por esta razón, resulta difícil no sólo señalar los motivos para la indignación y para la intervención, sino también delimitarlos frente a lo que debe aceptarse. Parece, sin embargo, que, por lo menos, la perspectiva racial se ve ya como una clara violación de los derechos humanos.

En una visión de conjunto acerca de la elaboración y desenvolvimiento de la doctrina de los derechos humanos -de los que aquí sólo hemos ofrecido un escueto bosquejo- se pone de manifiesto que de lo que se trata es siempre del desarrollo de una paradoja fundamental, cuya determinación histórica se da en la pregunta por la relación entre los individuos y el derecho. Las doctrinas del contrato social han dado a esta paradoja la forma de un círculo: la circunstancia de que los individuos participantes en un contrato estén obligados por éste sólo puede explicarse a partir del contrato mismo. También las teorías iusnaturalistas conservan este carácter circular, puesto que sólo se hace referencia a la naturaleza humana en aquellos casos en los que se desea denunciar una violación y constituir una norma correspondiente. El hecho de que el derecho sobrepositivo [überpositiv] requiera de la positivización representa una paradoja evidente que las consideraciones puramente pragmáticas acerca de la utilidad de los textos establecidos por escrito intentan ocultar sin éxito. Por supuesto también constituye una paradoja decir que la validez de los derechos se inicia con su violación y la indignación respectiva -con la *colère publique* de Durkheim. Sin embargo, en las agitadas relaciones mundiales del presente y de cara a la pérdida de significación de los órdenes estatales clásicos, tal vez sea precisamente *ésta* la paradoja *adecuada a nuestro presente*. No obstante, si *todas* estas ideas de fundamentación desembocan, en última instancia, en una paradoja, la discusión sobre el alcance de los contenidos de la tradición específicamente europea está cerrada, y cabe esperar que la sociedad del mundo se escandalice en buena medida a causa de todo aquello que resulte drásticamente insoportable. El propósito de ello es constituir una

---

[1094] Debo esta idea a un manuscrito de Vessela Misheva.

estructura jurídica normativa independiente de las tradiciones regionales y de los intereses políticos regionales y estatales.

En general, esta instancia del derecho no eliminará la diversidad de los desarrollos regionales del derecho. Uno de los principales impulsos de éstos es la diferenciación dual segmentaria del sistema político mundial en «Estados», es decir, en sistemas políticos especializados en la organización estatal de decisiones colectivamente vinculantes. Una de las consecuencias de esto es que no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones. Sin embargo, esto solo no explica por qué se llega a desarrollos regionales tan diversos -desarrollos que pueden ir tan lejos que la capacidad funcional y la diferenciación de la orientación al derecho se ven puestas en entredicho.

Es de suponerse que el problema que se ha tomado como punto de partida consiste en la defectuosa inclusión de grandes capas de la población en la comunicación de los sistemas funcionales. O dicho de otro modo: en una diferenciación aguda entre inclusión y exclusión, producida, sin duda, por la diferenciación funcional, pero que , a final de cuentas, no sólo es incompatible con ésta, sino que, a la vez, la socava[1095]. A falta de otros conceptos, los sociólogos tienden a presentar este hecho como una estratificación social claramente conformada, si no es que como una «dominación -internacionalmente sostenida- de clase». Pero estos conceptos remiten a un orden social que debe ser reconocido o, por lo menos, aceptado y que precisamente funge como ordenador de la inclusión -si bien ésta es extremadamente diversa[1096]. Piénsese en el orden de rango de las familias y su servidumbre (lo que incluye a sus dependientes) o en la organización fabril del siglo XIX como modelo de dominación de clase. La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación funcional cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los afectados dependen ahora de la economía del

---

[1095] Talcott Parsons, Commentary on Clark, en Andrew Effrat (Ed.), Perspectives in Political Sociology, Indianapolis o.J., pp.299-308 (306), define la «inclusión» como sigue: «This refers to the pattern of action in question, or complex of such patterns, and the individuals and/or groups who act in accord with that pattern coming to be accepted in a status of more or less full membership in a wider solidary social system.»

[1096] La reflexión tradicional sobre esta inclusión específicamente estamentaria se llevó a cabo en parte a través de las características de los atributos y conformación del ser humano -sobre todo la razón- de los que todos, independientemente de su posición social, participan; y, en parte, gracias a una filosofía de la felicidad que, de conformidad con la voluntad divina, resulta accesible a todos. Esto último tiene lugar, sobre todo, en el siglo XVIII, en una situación de transición a otros principios de inclusión de los que después se hace paráfrasis en términos de libertad e igualdad. Acerca de la felicidad del compatriota y acerca de la reflexión de las clases superiores sobre los límites de su propia felicidad, cfr., por ejemplo, el cap. Conversation avec un laboureur, en Jean Blondel, Des hommes tels qu'ils sont e doivent être: Ouvrage de sentiment, Londres-París 1758, pp.119ss. Sin embargo, en todos estos escritos se supone siempre la estratificación como esquema de la inclusión, mientras que la exclusión se determina por medio de la pertenencia/no pertenencia a una familia o a un hogar familiar.

dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictuosas.

Ciertamente, no puede afirmarse que bajo tales condiciones no exista el derecho. Nunca ha existido una sociedad sin derecho. Sería igualmente erróneo suponer que no habría ninguna aplicación para el derecho positivo o que las relaciones internacionales -tránsito, comercio, etc.- carecen de un fundamento jurídico. La descripción de los fenómenos debe llevarse a cabo conceptualmente de manera mucho más diferenciada. Posiblemente la mejor vía de acceso a ellos se logre con la tesis de que la diferencia entre inclusión y exclusión sirve como una especie de metacódigo mediatizador de todos los demás códigos. Sin duda hay una diferencia entre lo que es conforme (o discrepante) con el derecho y existen también programas jurídicos (leyes) que regulan la manera en la que se asignan estos valores a los hechos y a las situaciones. Pero esta cuestión tiene poca importancia para los grupos de población excluidos, comparada con lo que su exclusión les impone; son objeto de un trato acorde o no acorde al derecho y se conducen de una u otra manera, según sean la situación y las oportunidades. Esto mismo resulta válido para quienes resulten incluidos, particularmente para los políticos y quienes forman parte de la burocracia. Y nuevamente: este no es un problema de estratificación social que proporcionara los substitutos de orden para el derecho, sino que equivale a socavar el orden jurídico mismo. No puede saberse si será o no aplicado, e *inclusive la coordinación entre las comunicaciones y el esquema de inclusión/exclusión no altera en nada esta circunstancia*, porque a *ambos* lados de este esquema -si bien en forma «fatalmente» muy diversa- puede optarse por un comportamiento acorde (o no acorde) con el derecho, sin consideración alguna de estos *labels*[1097]. Dicho en otras palabras: la diferencia entre codificación y programación no funciona o funciona débilmente porque existen otras preferencias que tienen prioridad. El carácter dominante de la distinción inclusión y exclusión modifica las expectativas que el sociólogo asocia, por costumbre, con el concepto de integración -y, con frecuencia, también, a través de éste con el de derecho[1098]. Si definimos la integración como una restricción del grado de libertad de las partes integrantes, veremos de inmediato que precisamente el ámbito de exclusión funciona de una manera *altamente integrada*. La integración negativa a la sociedad es prácticamente perfecta. Quien carece de un domicilio, tampoco puede enviar sus hijos a la escuela. Quien carece de documentos, no puede contraer matrimonio, ni solicitar prestaciones. Ya sea que les excluya o no de manera formal, los analfabetas están impedidos para participar con sentido en la política. La exclusión de un ámbito funcional impide la inclusión en otros. Por el contrario, la inclusión permite una *menor* integración, esto es, mayores libertades,

[1097] Para evidencias que resultan de la relación de la política brasileña y el derecho constitucional, cfr. Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betractung und eine Interpretation des Falles Brasilien, Berlín 1992.

[1098] Más arriba, Cap.3,I, nos habíamos distanciado ya de estas expectativas en relación a la función del derecho.

correspondiendo *de esta manera* a la lógica de la diferenciación funcional. Por su parte, la diferenciación funcional requiere de un *loose coupling* de los sistemas funcionales, el impedimento de las inferencias de un rol a otro -y esto encierra también posibilidades de corrupción, así como de violación del derecho. Las oportunidades que la inclusión proporciona pueden transformarse en ventajas personales, en mejorías de la situación personal, en carreras.

En cierta medida esto es normal. Sin embargo, esta diferencia socava el funcionamiento normal de los sistemas funcionales cuando la inclusión descansa en la exclusión de los otros. Es, sobre todo, el derecho el que resulta afectado por esta situación. Porque el sistema jurídico no descansa solamente en las sanciones propias del sistema, en la condena a pagar o en la condena a una pena, sino también en la resonancia social de la violación constatada del derecho. En el ámbito de exclusión (fuertemente integrado) no hay nada que perder, aparte del control sobre el propio cuerpo. En el ámbito de inclusión (débilmente integrado) las consecuencias de lo que es conforme (o discrepante) con el derecho no se transmiten, y tampoco vale la pena preocuparse por la observación de estos valores de acuerdo con criterios provenientes de programas jurídicos específicos. En casos extremos -que no son raros- no tiene siquiera importancia para la política ni para la reputación de los políticos si su acción es acorde (o contraria al derecho). Y, asimismo, la organización del control de la violencia, la policía, se orienta primordialmente de acuerdo con el *status*, proporcionándole inclusión o exclusión -y no siempre de acuerdo con el derecho. Seguramente sería exagerado inferir de ello la poco significación o el no funcionamiento del sistema jurídico como un todo -con omisión del caso extremo de una guerra civil. Pero el problema de las razones si el código jurídico es o no utilizado y el de cuáles sean las razones para hacerlo se orienta de acuerdo a otra diferencia: la diferencia inclusión/exclusión.

En una perspectiva de desarrollo político podría parecer como si la exclusión de la participación de grandes grupos de población de las ventajas del desarrollo fuera una condición pasajera del desarrollo mismo. ¿No sería posible (podría argumentarse) dejar que todos participen, a la vez, de las ventajas de la sociedad moderna? Sin embargo, subsiste el problema de si una realización a nivel mundial del grado actual de bienestar de algunos países industrializados es -por ejemplo, por razones puramente ecológicas- posible. Es necesario pensar también en la gran dependencia histórica de todos los sistemas autopoiéticos. La operación de tales sistemas ocurre siempre en una situación de partida ya estructurada y puede tener efectos que refuercen las desviaciones -con un *feedback* positivo-, lo mismo que efectos que disminuyan éstas -con un *feedback* negativo. No es posible suponer, en última instancia, que, a largo plazo, el sistema dominante al presente para la evaluación estructural del significado de los sistemas funcionales permanezca como es en la actualidad. A diferencia de la teoría parsonsiana del sistema general de la acción, nosotros vemos la diferenciación por funciones como un producto de la evolución y no

como una consecuencia lógica del análisis del concepto de acción. Puede ocurrir, por supuesto que la importancia actual del sistema jurídico y la dependencia de la sociedad misma y de la mayoría de sus sistemas funcionales del funcionamiento de un código jurídico no sea otra cosa que una anomalía europea que irá perdiendo paulatinamente fuerza en el curso de la evolución de la sociedad del mundo.

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann

ÍNDICE ANALÍTICO

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann

O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft)
Niklas Luhmann